



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

MATHEUS LINS ROCHA

A PARAMETRICIDADE DO CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS:
UM ESTUDO COMPARADO ENTRE O ORDENAMENTO
JURÍDICO DO BRASIL E DA ARGENTINA

Salvador

2018

MATHEUS LINS ROCHA

**A PARAMETRICIDADE DO CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS:
UM ESTUDO COMPARADO ENTRE O ORDENAMENTO
JURÍDICO DO BRASIL E DA ARGENTINA**

Monografia apresentada como trabalho de conclusão do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público da Faculdade Baiana de Direito, sendo requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Jr; Prof. Dr. Olavo Ferreira; Prof. Dr. Gabriel Marques.

Salvador

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

MATHEUS LINS ROCHA

**A PARAMETRICIDADE DO CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS:
UM ESTUDO COMPARADO ENTRE O ORDENAMENTO
JURÍDICO DO BRASIL E DA ARGENTINA**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito Público, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome _____

Titulação e instituição _____

Nome _____

Titulação e instituição _____

Nome _____

Titulação e instituição _____

Salvador, ____/____/2018

A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos.

(Hannah Arendt)

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Aos meus pais, irmãos e avós.

A toda minha família.

A Larissa.

Aos meus queridos professores da Faculdade Baiana de Direito, em especial Olavo Ferreira, Rodolfo Pamplona Filho, Dirley da Cunha Jr. e Gabriel Marques.

Aos amigos.

A Faculdade Baiana de Direito.

Aos Advogados do escritório Lins & Lins Advogados Associados.

ROCHA, Matheus Lins. **A parametricidade do controle de convencionalidade das leis e atos normativos: uma estudo comparado entre o ordenamento jurídico do Brasil e da Argentina.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2018.

RESUMO

A presente pesquisa propõe a análise do controle de convencionalidade como ferramenta para efetivação dos direitos humanos fundamentais, sendo verificada a sua aplicação do mecanismo ao ordenamento jurídico brasileiro, investigando-se a mais adequada parametricidade de controle para a máxima efetivação dos direitos humanos. Esta pesquisa se justifica pela relevância teórica que possui, tendo em vista as divergências doutrinárias sobre a aplicação do controle de convencionalidade pelos operadores do direito brasileiro, bem como a contradição insolúvel entre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e grande parte da doutrina no que se refere ao posicionamento hierárquico dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Justifica-se, ainda, por sua relevância social, uma vez que a partir do estudo do mecanismo internacional de controle, bem como da sua aplicação ao ordenamento interno, os direitos humanos poderão ser ampliados e efetivados. O objetivo geral do trabalho, portanto, é a investigação da mais adequada parametricidade do controle de convencionalidade das leis e atos normativos no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, será realizado um estudo comparado entre parametricidade do controle no ordenamento jurídico brasileiro e no argentino, para que, posteriormente, seja possível concluir, na prática qual é a parametricidade que mais de adequa à máxima efetivação dos direitos humanos. Trata-se de uma pesquisa teórica interdisciplinar no âmbito do direito, uma vez que esta construirá conceitos específicos e investigará diferentes argumentações dos setores do direito constitucional, internacional e de direitos humanos, para que possam ser utilizadas para a criação das conclusões e proposições. Utilizar-se-á o procedimento da análise de conteúdo para concretizar a técnica escolhida, tendo em vista que serão analisadas legislação, doutrina e jurisprudência a fim de embasar a discussão trazida no presente trabalho. O raciocínio utilizado no presente trabalho será o dedutivo, uma vez que partirá da verificação de regras gerais propostas no mecanismo do controle de convencionalidade, bem como da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos para o caso específico da aplicação do mecanismo ao ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Direitos humanos. Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Ordenamento jurídico brasileiro. Ordenamento jurídico argentino. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos.

ABSTRACT

The present research proposes the analysis of the control of conventionality as a tool for the realization of fundamental human rights. Its application of the mechanism to the Brazilian legal system is verified, investigating the most adequate control parametricity for the maximum effectiveness of human rights. This research is justified by its theoretical relevance, in view of the doctrinal divergences on the application of the control of conventionality by the operators of Brazilian law, as well as the insoluble contradiction between the position of the Federal Supreme Court and a great part of the doctrine with regard to the hierarchical position of international treaties dealing with human rights. It is also justified by its social relevance, since from the study of the international mechanism of control, as well as its application to the internal order, human rights can be expanded and made effective. The general objective of the work, therefore, is the investigation of the most adequate parametricity of the control of the conventionality of laws and normative acts in the Brazilian legal order. For this, a comparative study will be carried out between parametricity of control in the Brazilian and Argentinean legal systems, so that, later on, it is possible to conclude, in practice, what parametricity is most appropriate for the maximum effectiveness of human rights. This is an interdisciplinary theoretical research in the field of law, since it will construct specific concepts and will investigate different arguments from the sectors of constitutional, international and human rights law, so that they can be used for the creation of conclusions and propositions. The procedure of the content analysis will be used to concretize the chosen technique, considering that legislation, doctrine and jurisprudence will be analyzed in order to support the discussion brought in the present work. The reasoning used in the present work will be the deductive, since it will start from the verification of general rules proposed in the mechanism of control of conventionality, as well as from the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights for the specific case of the application of the mechanism to the Brazilian legal system.

Key words: Conventionality control. Human rights. Inter-American System for the Protection of Human Rights. Brazilian legal system. Argentine legal system. Hierarchical position of international human rights treaties.

RESUMEN

La presente investigación propone el análisis del control de convencionalidad como herramienta para la efectividad de los derechos humanos fundamentales. Se verifica su aplicación del mecanismo al ordenamiento jurídico brasileño, investigando la más adecuada parametricidad de control para la máxima efectivación de los derechos humanos. Esta investigación se justifica por su relevancia teórica, teniendo en vista las divergencias doctrinales sobre la aplicación del control de convencionalidad por los operadores del derecho brasileño, así como la contradicción insoluble entre el posicionamiento del Supremo Tribunal Federal y gran parte de la doctrina en lo que se refiere al posicionamiento jerárquico de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos. Se justifica, además, por su relevancia social, ya que a partir del estudio del mecanismo internacional de control, así como de su aplicación al ordenamiento interno, los derechos humanos podrán ser ampliados y efectivizados. El objetivo general del trabajo, por lo tanto, es la investigación de la más adecuada parametricidad del control de convencionalidad de las leyes y actos normativos en el ordenamiento jurídico brasileño. Para ello, se realizará un estudio comparado entre parametricidad del control en el ordenamiento jurídico brasileño y en el argentino, para que, posteriormente, sea posible concluir, en la práctica cuál es la parametricidad que más de adecua a la máxima efectividad de los derechos humanos. Se trata de una investigación teórica interdisciplinaria en el ámbito del derecho, ya que ésta construirá conceptos específicos e investigará diferentes argumentaciones de los sectores del derecho constitucional, internacional y de derechos humanos, para que puedan ser utilizadas para la creación de las conclusiones y proposiciones. Se utilizará el procedimiento del análisis de contenido para concretar la técnica elegida, teniendo en cuenta que serán analizadas legislación, doctrina y jurisprudencia a fin de basar la discusión traída en el presente trabajo. El razonamiento utilizado en el presente trabajo será el deductivo, ya que partirá de la verificación de reglas generales propuestas en el mecanismo del control de convencionalidad, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el caso específico de la aplicación del mecanismo al ordenamiento jurídico brasileño.

Palabras clave: Control de convencionalidad. Derechos humanos. Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos. Ordenamiento jurídico brasileño. Ordenamiento jurídico argentino. Posición jerárquica de los tratados internacionales de derechos humanos.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	p.10
2.	APORTES INICIAIS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	p.14
2.1.	CONCEITOS E DELIMITAÇÕES PRELIMINARES.....	p.14
2.2.	OS DIREITOS HUMANOS DECORRENTES DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	p.20
2.3.	OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO.....	p. 25
2.4.	A NECESSIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....	p.33
2.5.	MECANISMOS ESSENCIAIS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	p.36
3.	O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA IMPOTÊNCIA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	p.40
3.1.	O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	p.40
3.2.	O CONCEITO E A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	p.52
3.3.	O DUPLO PLANO DE REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	p. 62
3.4.	O CARÁTER VINCULANTE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	p. 71
3.5.	AS MODALIDADES DE APLICAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E O CARÁTER OBRIGATÓRIO DA SUA REALIZAÇÃO.....	p. 72
4.	A PARAMETRICIDADE DA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	p. 77
4.1.	A PARAMETRICIDADE ADOTADA NA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	p.77

4.2.	A PARAMETRICIDADE ADOTADA NA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA REPÚBLICA ARGENTINA.....	p.89
4.3	BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM DETERMINADOS ESTADOS DA AMÉRICA LATINA.....	p. 98
5.	A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	p.114
5.1.	CASOS CONCRETOS QUE EVIDENCIAM A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	p.114
5.2.	AS ESPÉCIES DE CONTROLE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS A DEPENDER DA PARAMETRICIDADE ADOTADA.....	p.121
5.3.	A APLICAÇÃO DO MECANISMO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO EXECUTIVO E LEGISLATIVO.....	p.124
5.4.	A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO COM RELAÇÃO À APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	p.127
6.	CONCLUSÃO.....	p.130
	REFERÊNCIAS.....	p.134
	ANEXO A – ENTREVISTA AO PROFESSOR DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR.....	p.151
	ANEXO B – TABELA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.....	p.159

1. INTRODUÇÃO

O Controle de Convencionalidade pode ser conceituado como a “compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”.¹ O referido mecanismo tem sido aplicado cada vez mais no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos, proporcionando, de forma mais efetiva, a concretização dos direitos humanos fundamentais.

Em que pese haja uma constante evolução no método de aplicação dos direitos humanos no plano internacional, é possível verificar que não há um avanço proporcional no âmbito do plano nacional, mesmo com uma Constituição Federal que possui normas programáticas e que objetivem, mesmo que na teoria, a promoção e a efetivação dos direitos humanos fundamentais. O objetivo desta pesquisa é verificar a mais adequada parametricidade do controle de convencionalidade para máxima efetivação dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

A presente pesquisa se justifica por sua relevância teórica, uma vez que ainda há diversas divergências no que se refere à aplicação do controle de convencionalidade por parte dos operadores do direito brasileiro. Ademais, existe uma contradição insolúvel entre os entendimentos da doutrina majoritária de direitos humanos e do Supremo Tribunal Federal no que se refere à posição hierárquico-normativa das Convenções Internacionais que tratam de direitos humanos, bem como da força normativa das decisões emanadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Enquanto a doutrina majoritária objetiva atribuir status constitucional aos diplomas internacionais, o Supremo Tribunal Federal demonstrou o seu caráter conservador e limitador dos direitos humanos no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP, definindo a posição hierárquica das referidas normas internacionais como infraconstitucionais e supralegais.

Alem disso, é possível justificar este trabalho por sua relevância social, na medida em que, a partir do estudo da parametricidade do mecanismo do Controle de Convencionalidade e da consequente utilização do controle no Estado brasileiro, os direitos humanos fundamentais poderão ser ampliados e efetivados. É evidente o fato de que existe uma necessidade social brasileira, de que haja a aplicação efetiva, dos direitos humanos. Ademais, é de fundamental importância, que o Estado brasileiro, em sua totalidade, respeite os preceitos fundamentais

¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 79.

estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos para que seja concretizado, de forma indubitável, o almejado Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, é possível verificar, a partir de casos concretos como, por exemplo, o caso Gomes Lund, que o Estado brasileiro ainda não garante, de forma efetiva, os direitos fundamentais dos cidadãos, mesmo com a evolução do direito internacional, que tem demonstrado o objetivo de efetivar a proteção dos direitos humanos de forma qualitativa, quantitativa, teórica e prática sendo, cada vez mais, utilizado o controle de convencionalidade, nos países que compoem a Organização dos Estados Americanos. Ademais, o Estado brasileiro não oferece um caráter vinculante aos preceitos estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, tendo o Poder Judiciário atuado com indiferença em relação à ampla aplicação do referido controle, bem como no que se refere às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em face do exposto, pergunta-se: qual é a parametricidade mais adequada da aplicação do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro para que haja a maior efetividade dos direitos humanos?

Esta pesquisa trabalha com a hipótese de que a parametricidade mais adequada de aplicação do controle de convencionalidade é a que estabelece todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil como parâmetro de controle concentrado e difuso de convencionalidade.

Para verificar esta hipótese, será realizado um Estudo comparado entre a aplicação do controle de convencionalidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e argentino, para que seja possível investigar, na teoria e na prática, como deve ser aplicado o controle de convencionalidade de forma mais efetiva.

Trata-se de uma pesquisa teórica interdisciplinar no âmbito do direito, que engloba as disciplinas do Direito Constitucional, do Direito Internacional, bem como, dos Direitos Humanos. O raciocínio utilizado no presente trabalho será o dedutivo, tendo em vista que a investigação partirá da verificação de regras gerais propostas pela legislação, doutrina e jurisprudência acerca do mecanismo do controle de convencionalidade, para o caso específico da aplicação do mecanismo no ordenamento jurídico argentino e brasileiro.

A técnica metodológica a ser utilizada será a pesquisa teórica, uma vez que haverá a construção de conceitos específicos, investigando diferentes argumentações dos setores do direito constitucional, internacional e de direitos humanos, para que estas possam ser utilizadas para a criação das posteriores conclusões e proposições. Será utilizado o procedimento da

análise de conteúdo para concretizar a técnica escolhida, tendo em vista que serão analisadas legislação, doutrina e jurisprudência a fim de fundamentar a discussão do presente trabalho. Embora haja também, na presente pesquisa, delimitações de casos específicos cujas informações irão aprimorar a discussão, não é o suficiente para que se afirme a utilização do procedimento do estudo de caso.

No que se refere à vertente metodológica do presente trabalho, esta será a jurídico-dogmática, tendo em vista que este objetiva a análise do ordenamento jurídico, especificamente no que se refere às normativas atinentes ao âmbito do direito constitucional, direito internacional e direitos humanos. A linha deste trabalho é a crítico-metodológica, tendo em vista que objetiva repensar o direito com a verificação da mais adequada parametricidade de aplicação do controle de convencionalidade, ampliando, deste modo, a proteção dos direitos humanos fundamentais.

Esta pesquisa será construída a partir dos tipos de investigação jurídico-compreensivo, jurídico-comparativo e jurídico-propositivo. Busca compreender o instituto do controle de convencionalidade, verificando a mais adequada parametricidade para a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, será realizado um estudo comparado entre a parametricidade do controle de convencionalidade no âmbito do ordenamento jurídico argentino com a parametricidade aplicada no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, a presente pesquisa também se dará a partir do tipo de investigação jurídico-propositivo, visto que, uma vez confirmada a sua hipótese, proporá a aplicação de uma nova parametricidade ao controle de convencionalidade, objetivando-se a mais ampla efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Esta pesquisa irá trabalhar com dados primários, quais sejam, legislação, jurisprudência e doutrina, sendo que esta última será trabalhada tanto como fonte primária, quanto como fonte secundária, partindo da análise de determinados trabalhos acadêmicos como intermediador ao alcance de outros pensamentos doutrinários.

O objetivo geral deste trabalho é verificar a mais adequada parametricidade do Controle de Convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, para que seja concretizada a máxima efetividade dos direitos humanos. Para isso, faz-se necessário que sejam discutidos os direitos humanos e a sua relação com os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.

Posteriormente, o mecanismo do controle de convencionalidade será conceituado e delimitado, sendo verificada a sua evolução no que se refere à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como suas peculiaridades específicas.

Neste sentido, será discutida a parametricidade do Controle de Convencionalidade, sendo realizado um estudo comparado entre a aplicação do controle no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e argentino. Para isso, é fundamental discussão acerca das teorias que estabelecem o status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, será verificada a mais adequada parametricidade do controle de convencionalidade para que se estabeleça a maior máxima efetividade e proteção aos direitos humanos fundamentais. Diante disso, verificada a mais adequada parametricidade de controle, serão estudados alguns casos concretos que evidenciam como o controle de convencionalidade poderá ser aplicado no ordenamento pátrio, sendo observadas determinadas peculiaridades existentes.

2. APORTES INICIAIS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS.

A presente pesquisa investigará a mais adequada parametricidade do Controle de Convencionalidade para que seja efetivada a máxima proteção dos direitos humanos fundamentais. Neste sentido, é necessário um breve estudo sobre os direitos humanos fundamentais, para que seja possível a construção das demais proposições do presente trabalho com maior propriedade e caráter científico.

Os direitos humanos fundamentais, no seu sentido valorativo e axiológico, detém o caráter da historicidade, tendo sido construídos desde os primórdios da humanidade. Porém, a partir do ano de 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas, os direitos humanos foram desenvolvidos internacionalmente de uma forma mais acentuada,² sendo ampliados os diplomas normativos de proteção formal dos indivíduos.

2.1. CONCEITOS E DELIMITAÇÕES PRELIMINARES

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu título II, trata “Dos Direitos e garantias Fundamentais”, prevendo uma série de direitos essenciais conquistados pelo homem ao longo da história. Para o início do estudo, é essencial que se delimite o conceito dos direitos humanos fundamentais, procedendo-se com a comparação entre estes e outras espécies de direitos que são, muitas vezes, confundidas e utilizadas como sinônimos pelos estudiosos do direito. Deste modo, será possível a verificação da possibilidade de aplicação do instituto do controle de convencionalidade e da mais adequada parametricidade que promova a máxima efetividade dos citados direitos.

Os termos “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos”, “direitos públicos subjetivos” e “direitos humanos” são lembrados por Dirley da Cunha Jr, para a delimitação terminológica e conceitual dos direitos fundamentais. Três termos merecem atenção especial em suas delimitações. O conceito das expressões “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos” serão essenciais para o presente estudo, para que seja verificada a aplicação do Controle de Convencionalidade e sua mais adequada parametricidade para uma efetivação concreta dos direitos humanos fundamentais. Importante

² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 31.

salientar que o termo “delimitação” não implica, automaticamente, em um afastamento entre as expressões.

Não é fácil estabelecer um conceito dos direitos fundamentais, justamente pela gradativa evolução destes ao longo da história. José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, afirma que são utilizadas “várias expressões para designá-los, tais como: *direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.*”³ Estas expressões se relacionam amplamente com os direitos fundamentais, no momento em que já foram utilizadas justamente para referenciá-los.

Os direitos naturais são inerentes à natureza do homem de forma ontológica, ou seja, somente pelo que o homem é e por sua existência. Foram estabelecidos ao decorrer do tempo, traçando um mínimo de direitos ao homem a partir da teoria do jusnaturalismo. Pode-se dizer que os direitos naturais fazem parte dos direitos fundamentais, sendo uma forma primitiva de direitos não positivados em determinado Estado. Daí decorrem os direitos do homem, “expressão de cunho jusnaturalista que conota a série de direitos naturais (ou seja, ainda não positivados).”⁴

A expressão “liberdades públicas” (*libertés publiques*), por sua vez, é proveniente da doutrina francesa que a utiliza para referenciar “um conjunto de direitos de defesa do homem contra qualquer interferência do estado.”⁵ Neste sentido, percebe-se que os direitos fundamentais são mais amplos do que a expressão francesa, que se limita aos direitos do homem de forma individual,⁶ que são oponíveis ao Estado, o que apenas se aproxima com o posicionamento adotado por Carl Schmitt que estabelecia os direitos fundamentais como os direitos do homem em face do Estado, se relacionando com o pensamento do Estado burguês de direito.⁷

Os direitos individuais se relacionam, logicamente, com o ser humano de forma individual, protegendo aspectos básicos que possibilitam uma existência digna. “Assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade,

³ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 175.

⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015. p. 25.

⁵ CUNHA JR. Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. Salvador. Juspodivm. 2013. p. 543.

⁶ DA SILVA, José Afonso. Op. cit. p. 177.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 579.

à igualdade, à segurança e à propriedade”⁸, sendo as normas autoaplicáveis ou “Self Executing Provisions” nos ensinamentos de Thomas Cooley.⁹

Ao longo da história, estes direitos foram sendo desenvolvidos com a *Magna Carta* (1215), a *Petition of Rights* (1628) *Lei de Habeas Corpus* (1679), *Bill of Rights* (1689), Declaração de direitos de Virgínia (1776), adquirindo uma grande proporção com a Revolução Francesa, em período de reivindicações incessantes proporcionadas pela classe burguesa que sofria com arbitrariedades do monarca absoluto, proporcionando a elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Os referidos direitos ainda se encontram em constante evolução como a proporcionada pela Declaração Universal de Direitos do Homem (1948). No âmbito do direito brasileiro, é essencial a análise do artigo 5º da Constituição Federal para a investigação dos direitos individuais e coletivos.

Posteriormente, as classes sociais perceberam que apenas os direitos individuais não eram suficientes para proporcionar a existência digna do ser, bem como que não bastavam direitos baseados em concepções individualistas como também conota a expressão “Direitos públicos subjetivos”. Neste período, o crescimento da população européia já era exponencial, ocasionando o inchaço das grandes cidades, com os seus problemas consequentes, principalmente, nos âmbitos das condições de trabalho e de saúde.

Deste modo, foram atendidos os pleitos coletivos e sociais para a efetivação dos direitos inerentes à sociedade. Aqui o estado foi incumbido de, ativamente, proporcionar a concretização desses direitos, sendo atribuído, mais um elemento ao Estado, qual seja, a finalidade. A Constituição alemã de Weimar (1919), bem como a do México (1917) foram, inicialmente, as que positivaram os direitos sociais e econômicos, complementando os direitos civis e políticos que eram os únicos importantes para o liberal-capitalismo.¹⁰

No âmbito do direito brasileiro, Virgílio Afonso da Silva atribui a estes enunciados, a classificação de normas programáticas, que dependem de uma atuação ativa do Estado como um todo para proporcionar a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Ademais, a terminologia “direitos subjetivos” podem ser conceituados como “aquelas prerrogativas outorgadas ao indivíduo em conformidade com certas regras do ordenamento jurídico”.¹¹ Este termo é muito criticado pela doutrina com o fundamento de que esses direitos

⁸ CUNHA JR. Dirley. Op. cit. p. 189.

⁹ COOLEY, Thomas M. A treatise on the constitutional limitations. 6. ed. Boston, Brown and Co., 1890.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205

¹¹ DA CUNHA JR. Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2013. p. 544.

são disponíveis e renunciáveis, o que não condiz com a regra geral com relação aos direitos fundamentais. A dogmática alemã trouxe, ainda, a expressão “direitos públicos subjetivos” que seriam aqueles em uma relação jurídica entre o Estado e o indivíduo de uma forma subjetiva.¹²

No que se refere aos direitos humanos, estes se relacionam, intrinsecamente, com o direito internacional público.¹³ compreendendo “todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual”.¹⁴

Os direitos fundamentais podem ser conceituados de forma sistemática e com a observância da estrutura da Constituição Federal como uma categoria genérica que abrange todas as espécies de direitos, podendo ser relacionadas às liberdades, à igualdade e à solidariedade, ou, aos direitos civis individuais e coletivos, aos direitos sociais, aos direitos de nacionalidade, aos direitos políticos e aos direitos dos partidos políticos, bem como aos direitos econômicos.¹⁵

Neste sentido, a partir de uma análise sistemática da Constituição Federal, percebe-se que são direitos fundamentais todas as matérias tratadas no seu Título II. Porém, não é correto afirmar que estes direitos se esgotam nestas previsões ou na própria Constituição, se consubstanciando “como núcleo da proteção da dignidade da pessoa”.¹⁶ Os direitos fundamentais, portanto, participam do coração do constitucionalismo e direcionam a ação do Poder Constituinte, devendo a sociedade trabalhar no sentido da consagração, expansão, promoção, efetividade e garantia dos direitos fundamentais.¹⁷

Todas as expressões abordadas são de essencial importância para a conceituação dos direitos fundamentais que possuem, pelo menos, um mínimo de relação com aquelas, justamente pelo fato de que estas são construídas a partir da evolução da humanidade. Por fim, Dirley da Cunha Jr. estabelece um conceito constitucional esclarecedor sobre os direitos fundamentais, unindo o sentido formal com o material nos seguintes termos:

Os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalmente formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria

¹² Ibid. p. 544.

¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015. p. 23.

¹⁴ Op. cit. p. 545.

¹⁵ Op. cit. p. 545.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 135.

¹⁷ DANTAS, Miguel Calmon. *Direito à Constitucionalização de Direitos*. Direitos Constitucionalizados/coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 273.

Constituição, aos tratados que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).¹⁸

Este conceito é de muita importância, tendo em vista o fato de que evidencia que os direitos fundamentais podem ser definidos, tanto pelo seu caráter formal, quanto pelo caráter material e axiológico.

Com esta observância à Constituição da República, José Afonso da Silva classifica os direitos fundamentais em “(a) direitos que estabelecem relações civis, correspondentes basicamente aos nossos direitos individuais; (b) direitos que fundamentam relações ético-sociais; (c) direitos prevendo relações econômicas; (d) direitos fundamentando relações políticas.”¹⁹ Merece destaque, ademais, o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet que define os direitos fundamentais como os “direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada estado”²⁰

De forma sintética, estabelece Canotilho:

Direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.²¹

Com isso, vislumbra-se que os direitos fundamentais são aqueles mais essenciais para que seja concretizada a dignidade da pessoa humana, sendo, ademais, positivados em um ordenamento jurídico, de forma preferencial em uma Constituição de determinado Estado.

O mecanismo do Controle de Convencionalidade é utilizado com a finalidade da concretização dos direitos humanos, tendo em vista que o paradigma de controle, aqui, são os tratados internacionais que versam acerca desta espécie de direitos.

Três expressões são muito importantes para o presente estudo. A compreensão do significado correto de “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos” é algo preliminar para compreender a aplicação do instituto internacional. Com a devida análise dos termos poderá concluir-se acerca da possibilidade de utilização efetiva do Controle de Convencionalidade.

¹⁸ DA CUNHA JR. Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2013. p. 550.

¹⁹ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 182.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 30.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1999 p. 369.

Os “direitos do homem”, como vistos alhures, possuem relação com o período jusnaturalista, possibilitando a proteção do ser humano independentemente do tempo ou espaço, sem que, necessariamente, estejam positivados em algum diploma normativo.²² Percebe-se que há aqui uma relação com os direitos que são mais inerentes ao homem, consolidados, de forma absoluta, não pela escrita, mas pela consciência humana, formada ao longo da história.

Como visto, ainda, os direitos fundamentais possibilitam a proteção do ser humano em um âmbito interno, estando positivados em uma Constituição de determinado Estado, independentemente do tempo ou espaço. Os Direitos Humanos, por sua vez, são os direitos que possibilitam a proteção do ser humano em um âmbito externo, previstos em normas internacionais, de forma expressa nos tratados.²³

Neste sentido, vislumbra-se que a diferença entre os “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos” é o aspecto formal da sua positivação, bem como do diploma específico em que está positivado. Enquanto os direitos do homem não estão positivados, os direitos fundamentais e os direitos humanos estão expressos em um âmbito nacional e internacional, respectivamente, sendo estas matérias essenciais para a proteção do homem, possuindo a mesma carga axiológica.²⁴

Corroborando com isto o entendimento de Valério Mazzuoli:

Como se nota, ambas as expressões analisadas – direitos do homem e direitos fundamentais – diferem do conceito de “direitos humanos” por versarem direitos que, ou não estão inscritos em quaisquer textos (“direitos do homem”), ou estão apenas previstos na ordem jurídica interna dos Estados (“direitos fundamentais”). Assim, quando se fala em “direitos humanos”, está-se a referir aos direitos inscritos (positivados) em tratados ou previstos em costumes internacionais. Trata-se, em suma, daqueles direitos que já ultrapassaram as fronteiras estatais de proteção e acenderam ao plano de proteção internacional.²⁵

Ademais, Dirley da Cunha Jr. aduz que “Preliminarmente, é preciso esclarecer que os direitos fundamentais não passam de direitos humanos positivados nas Constituições estatais”.²⁶ Converte com este entendimento o disposto por Geovane Peixoto com explicação esclarecedora:

Perceba-se que a questão em discussão aqui não é o processo de positivação, tampouco o locus jurídico onde esse se deu, ou seja, não é um problema de matriz

²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015. p. 25.

²³ *Ibid.* p. 26.

²⁴ MARTINS, Flávia Bahia. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 81.

²⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015. p. 26.

²⁶ DA CUNHA JR., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 546.

formal, mas sim uma questão de substância, de essência, que transcende, portanto, toda e qualquer discussão formatada pelo modelo positivista de trabalhar os direitos fundamentais.²⁷

Neste diapasão, André Ramos Tavares demonstra uma proximidade entre as referidas espécies de direitos que beira à igualdade.²⁸ Este entendimento é reforçado, ademais, pelas mesmas características que ambas as espécies de direitos possuem. É cediço que a historicidade, universalidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e a proibição do retrocesso são características dos direitos fundamentais, bem como, aos direitos humanos.

Merecem análise, ainda, as palavras de Thiago Carvalho Borges:

Os direitos fundamentais são os direitos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no direito interno, quanto no direito internacional: são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais ratificados. Desta forma, os direitos humanos seriam algo inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos.²⁹

Saliente-se que os direitos humanos podem ser transformados em direitos fundamentais, no sentido técnico das expressões, bastando que o ordenamento jurídico interno incorpore o diploma internacional que versa sobre direitos humanos, atribuindo, desta forma, a natureza de direito fundamental.³⁰ Deste modo, nasce a expressão “direitos humanos fundamentais” utilizada por parte da doutrina, demonstrando assim, que há uma estreita aproximação entre os direitos fundamentais com os direitos humanos, sendo que, a concretização destes é o objetivo fundamental do controle de convencionalidade, sendo este argumento, fundamental para a fixação de sua parametricidade.

2.2. OS DIREITOS HUMANOS DECORRENTES DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.

Após verificados os conceitos e delimitações preliminares com a investigação da substância material dos termos direitos fundamentais e direitos humanos, é necessário que seja realizado, neste trabalho, um estudo sobre os direitos humanos decorrentes dos tratados internacionais.

²⁷ PEIXOTO, Geovane de Mori. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. 1ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 33.

²⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 357.

²⁹ BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 202.

³⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 666.

A doutrina afirma que existem três vertentes de direitos e garantias referidas pela Constituição Federal de 1988. Estas são verdadeiras fontes constitucionais de proteção dos direitos humanos, podendo ser divididas em direitos e garantias expressos na constituição, direitos e garantias previstos na Constituição de forma implícita, bem como os direitos e garantias expressos decorrentes de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos em que o Estado brasileiro seja parte.³¹

Neste sentido estabelece Mazzuoli:

[...] além dos direitos expressos na Constituição (primeira vertente), há também os direitos nela implícitos (segunda vertente), que decorrem do regime (primeira subdivisão da segunda vertente) e dos princípios (segunda subdivisão da segunda vertente) por ela adotados, e os direitos provenientes de tratados (terceira vertente), que não estão nem expressa nem implicitamente previstos na Constituição, mas provêm ou podem vir a provir dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil. [...]³²

Ratificando este entendimento, assevera Dirley da Cunha Jr.:

Concluindo, pode-se afirmar que – como conseqüência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro (CF, art. 1º, III) – a Constituição Federal adota cláusula aberta ou de não tipicidade dos direitos fundamentais, para admitir a existência de outros direitos fundamentais, para além dos nela positivados, seja decorrentes do regime e dos princípios que adota (reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, que vem desde a Constituição de 1891), seja decorrentes dos tratados internacionais que o Estado brasileiro seja parte (reconhecimento de direitos fundamentais instituídos por tratados, que foi inovação da Constituição de 1988).³³

A Constituição Federal prevê, de forma expressa, diversos direitos, sendo estes individuais, sociais e coletivos, estabelecido um mínimo de proteção aos indivíduos. Entretanto, existem direitos implícitos decorrentes de princípios e pelo regime adotado pela Constituição e, ademais, os direitos humanos fundamentais previstos pelas normativas internacionais de proteção. “De fato, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.³⁴

³¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 45.

³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 137.

³³ DA CUNHA JR. Dirley. A natureza material dos direitos fundamentais. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/a-natureza-material-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior.>> Acesso em: 23 de outubro de 2016.

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001 p. 290.

Os Tratados Internacionais são a principal fonte de obrigação do Direito Internacional Público,³⁵ constituindo-se em acordos entre estados que, com *animus contraendi*,³⁶ consagram novas regras do Direito Internacional, codificam regras preexistentes consolidadas pelos costumes ou modificam as regras que já existem.³⁷ Na definição de Clóvis Bevilacqua “os tratados e convenções são actos bilateraes, como também as declarações feitas, conjuntamente, por diversas nações”.³⁸

Na definição de Louis Henkin:

O termo “tratado” é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo “tratado”, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo).³⁹

Valério Mazzuoli destaca a amplitude maior dos direitos humanos se comparados aos fundamentais. Porém, a partir desta amplitude dos direitos humanos, pode-se (e deve-se) ampliar os direitos fundamentais, visto que, quando esse direito previsto no tratado internacional for recepcionado por determinado Estado, conseqüentemente, os direitos fundamentais, teoricamente, serão também ampliados.

Ademais, diversos tratados que versam sobre direitos humanos, que foram ratificados pelo ordenamento jurídico brasileiro, possuem o objetivo de ampliar os direitos mais importantes ao homem. Percebe-se que o constituinte demonstrou a sua preocupação com o direito internacional, acompanhando a tendência consolidada após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial. Merece destaque o § 2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil que estabelece que os direitos expressos na Constituição Federal não excluem outros que decorram do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.⁴⁰

³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito internacional Público*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 127.

³⁶ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 42.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100.

³⁸ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional. A synthese dos principios e a contribuição do Brasil. Tomo II*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939. p. 6.

³⁹ HENKIN, Louis. *International Law: politics, values and principles*. Boston: Martinus Nijhoff, 1990. p. 137.

⁴⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Artigo 5º, § 2º.

Neste sentido, torna-se claro o fato de que a Constituição Federal abre completamente o ordenamento jurídico para a ampliação dos direitos fundamentais pelos tratados internacionais que disponham acerca de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte, com a utilização do procedimento de incorporação do ordenamento jurídico.

Cirúrgica é a interpretação do referido parágrafo que faz Valério Mazzuoli:

Da análise do § 2.º do art. 5º da Carta brasileira de 1988, percebe-se que três são as vertentes, no texto constitucional brasileiro, dos direitos e garantias individuais:

- a) Direitos e garantias expressos na Constituição, a exemplo dos elencados nos incisos I ao LXXVIII do seu art. 5.º, bem como outros fora do rol de direitos, mas dentro da Constituição (v.g., a garantia da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, b, do Texto Magno);
- b) Direitos e garantias implícitos, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados; e
- c) Direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte.⁴¹

Deste modo, percebe-se que com a recepção dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, as disposições constitucionais que tratam sobre direitos fundamentais ganham mais força e maior amplitude, que são proporcionadas pelos tratados internacionais. Não são poucos os exemplos de ampliações proporcionadas aos direitos humanos por meio dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A título exemplificativo, no âmbito da Mercosul, a Educação foi matéria de discussão internacional no Protocolo de Integração Educacional de Assunção no ano de 1995, bem como no Protocolo de Fortaleza, do ano de 1996, no Protocolo de Brasília de 2002 e no Acordo de San Miguel de Tucumán do ano de 2008. O meio ambiente foi objeto de discussão no Acordo de Assunção do ano de 2001. O Acesso à Justiça foi discutido no Acordo de Florianópolis de 2000, estabelecendo a Justiça Gratuita, bem como a Assistência Jurídica Gratuita nos países da MERCOSUL. Já a promoção geral dos direitos humanos foi tratada no importante Protocolo de Assunção do ano de 2005.

No Direito global muitas normas trouxeram a proteção dos direitos humanos e, ratificados pelo Brasil, ampliam e consolidam a proteção aos referidos direitos. A Carta das Nações Unidas do ano de 1945, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelecem o início formal dessa proteção, sendo estes ratificados pelo Brasil. O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a

⁴¹ Ibid. p. 203.

Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, o Protocolo Facultativo à Convenção da Organização das Nações Unidas Contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos Ou Degradantes, são outros exemplos de diplomas internacionais que permitem uma maior proteção aos direitos humanos fundamentais no Brasil.

No que tange à proteção à mulher, deve-se mencionar a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1999.

Faz-se necessário citar, ainda, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referente à Venda de Criança, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil de 2000 e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativos ao envolvimento de Crianças em Conflitos Armados de 2000.

Especificamente no Sistema Interamericano de Direitos, é essencial a referência à Convenção Americana de Direitos humanos 1969, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988, mais conhecido como o Protocolo de San Salvador, bem como o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referentes à abolição da Pena de Morte de 1990, sendo aplicada ao Brasil com a exceção da aplicação da referida pena em períodos de guerra. A Convenção de 1969 elenca uma série de direitos como o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, os direitos à vida, à integridade, à proibição da escravidão, à liberdade, às garantias judiciais, à legalidade, à honra, à dignidade, à indenização, à reunião, ao nome, à criança, à nacionalidade, à propriedade, à igualdade, à proteção judicial, ao desenvolvimento, dentre outros.⁴²

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura do ano de 1985, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994 e a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência de 07.06.1999 são diplomas fundamentais que demonstram

⁴² CASTILHO. Ricardo. Direito Humanos. Processo histórico – Evolução no mundo, Direitos Fundamentais: constitucionalismo contemporâneo. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 185.

a importância dos tratados internacionais de direitos humanos para o ordenamento jurídico brasileiro.

Existem, ainda, 185 (cento e oitenta e cinco)⁴³ Convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil que estabelecem parâmetros mínimos de proteção à classe dos trabalhadores que conquista, cada vez mais, a efetivação dos seus direitos.

Vislumbra-se deste modo, uma transnacionalização das esferas sociais e a mundialização da sociedade, inclusive na área do direito.⁴⁴ Neste sentido, há uma verdadeira interferência nas administrações nacionais, proporcionada pelas normas estabelecidas por tratados ou organizações internacionais, demonstrando uma tendência global ao direito cosmopolita⁴⁵ já previsto por Immanuel Kant desde o século XVIII.

2.3. OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO.

Não é simples a compreensão do processo de elaboração dos tratados internacionais, nem da sua recepção e atribuição hierárquica pelo nosso ordenamento jurídico. A dificuldade ainda se torna maior quando analisadas a não uniforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como as divergentes posições doutrinárias acerca do tema. A imprecisão dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição ainda possibilita uma pluralidade de interpretações da norma constitucional, como é possível verificar na prática.

As relações entre o direito interno e o internacional sempre foram objeto de discussão entre os doutrinadores. Ao final do século XIX até a metade do século XX duas correntes eram as predominantes ao tratar da referida relação, sendo estas, o monismo e o dualismo.

A teoria dualista surgiu ainda no século XIX, com os idais de Henrich Triepel, em sua obra *Völkerrecht und Landersrecht* no ano de 1899, sendo este pensamento complementado por

⁴³ Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>> Acesso em: 10 de ago. de 2016.

⁴⁴ PEREIRA, Vitor Moreno Soliano. *Interações judiciais transnacionais em matéria constitucional*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2014. p. 69.

⁴⁵ BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. Transnormatividade e cosmopolitismo jurídico: interfaces do direito administrativo global. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3163/2272>> Acesso em: 20 de ago. de 2016.

Dionisio Anzilotti, em 1929, estabelecendo a premissa de que as duas ordens jurídicas, a internacional e a interna seriam completamente distintas, não havendo relação entre ambas. Somente haveria alguma relação quando determinada norma internacional fosse adequada ao ordenamento interno, com o formato legislativo compatível.⁴⁶

Esses dois sistemas, na concepção dualista, são independentes e separados, com a premissa de que o direito interno trata da relação entre os indivíduos enquanto o direito internacional regula as relações entre estados.⁴⁷

Já a teoria monista, que possui como expoente o jurista Hans Kelsen, defendia a única normatividade com os ordenamentos com o caráter de complementaridade. Aqui, o ordenamento jurídico interno se integra ao ordenamento internacional. Essa teoria se subdivide em três delimitações, quais sejam, o monismo com prevalência do direito interno, a teoria que prega a prevalência do direito internacional e o monismo que estabelece a paridade entre as normas internas e internacionais.⁴⁸

Importantes são as considerações de Accioly, Silva e Casella.

A doutrina monista não parte do princípio da vontade dos estados, mas sim de norma superior, pois o direito é um só, quer se apresente nas relações de um estado, quer nas relações internacionais. Aceita a tese fundamental de que o direito é um só, os defensores da doutrina monista enveredam por dois caminhos opostos: para uns, em caso de dúvida, prevalece o direito internacional: é a tese do primado do direitos internacional; já os outros defendem a tese do primado do direito interno. [...] ⁴⁹

Thiago Borges estabelece falhas e insuficiências dos dois sistemas afirmando que a teoria dualista não consegue explicar o fenômeno da globalização das normas internacionais, a eventual responsabilização internacional dos Estados e o fenômeno comunitário. Afirma, ademais, que a teoria monista encontra obstáculos como a soberania estatal que ainda é um dos pilares fundamentais de vários países. Indentifica, o autor, que podem ser identificados traços predominantes da teoria monista no ordenamento jurídico brasileiro.⁵⁰

⁴⁶ BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 95.

⁴⁷ ACCIOLY, Hildebrando et al; *Manual de Direito Internacional Público*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 235.

⁴⁸ BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 96.

⁴⁹ Op. cit. p. 235.

⁵⁰ BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 96.

Em que pese haja doutrina que entenda que a teoria predominante no ordenamento jurídico brasileiro é a monista, o Supremo já decidiu com posicionamentos que estabelecem a teoria dualista moderada.⁵¹

Como já abordado, com a análise do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, vislumbra-se que os direitos expressos na Constituição Federal não exclui os direitos e garantias previstos em tratados internacionais. Neste sentido, grande parte da doutrina se posiciona atribuindo um status materialmente constitucional a todos os tratados internacionais de direitos humanos. Antônio Augusto Cançado Trindade, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan são doutrinadores que se posicionam no sentido de que, ao ser incorporado o tratado internacional de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro, este já obtém, automaticamente status materialmente constitucional, com aplicabilidade imediata, por força dos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição,⁵² podendo, desta forma, ser o paradigma de um controle de convencionalidade.

O entendimento clássico do Supremo Tribunal Federal não converge com a doutrina citada. Com a devida análise da jurisprudência da nossa Suprema Corte, vislumbra-se que o entendimento majoritário e consolidado era que os tratados internacionais possuíam status de Lei.⁵³

⁵¹ E M E N T A: MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA - DENEGACÃO DE EXEQUATUR - PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) - INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL - ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL - PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA - AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A RECEPÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DOS ACORDOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL ESTÁ SUJEITA À DISCIPLINA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. [...]

(CR 8279 AGR, RELATOR(A): MIN. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, JULGADO EM 17/06/1998, DJ 10-08-2000 PP-00006 EMENT VOL-01999-01 PP-00042)

⁵² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 46.

⁵³ [...] PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes [...]. (ADI 1480 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA

Apesar deste entendimento, alguns problemas formais foram ocorrendo com o passar dos anos. Os problemas maiores se relacionavam com as relações entre as Leis e os Tratados Internacionais justamente pelo fato de que estes não poderiam ser revogados como uma simples Lei ordinária. De outro modo, os Tratados Internacionais devem passar por um procedimento específico de denúncia em que “[...] o Estado manifesta sua vontade de deixar de ser parte no acordo internacional.”⁵⁴

Os problemas ainda ganharam maior proporção com a questão da prisão do depositário infiel, permitida pela Constituição Federal, bem como pela Lei Ordinária e proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada ao direito brasileiro desde o ano de 1992. A partir desse momento, a jurisprudência do Supremo começou a discutir o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos.⁵⁵

Em meio à divergência do Supremo Tribunal Federal quando comparados com a doutrina majoritária, tendo esta proferida diversas críticas com relação ao tratamento que o Poder Judiciário oferecia, na prática, aos tratados internacionais, fora inserido o parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, com a redação no sentido de que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”⁵⁶

Deste modo, com a presença do citado parágrafo, a Constituição Federal passou a dispor, expressamente, que os tratados e convenções internacionais poderiam ser equivalentes às emendas constitucionais, quando votados na forma desta.

O Ministro Sepúlveda Pertence, na data de 29 de março de 2000, no seu voto em um Recurso Ordinário Constitucional em sede de Habeas Corpus (RHC 79.785/RJ)⁵⁷ demonstrou

CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 04/09/1997. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

⁵⁴ BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78.

⁵⁵ [...] 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias [...]. (RHC 79785 / RJ - RIO DE JANEIRO - RECURSO EM HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Julgamento: 29/03/2000 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º, § 3º.

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal. RHC 79785 / RJ - RIO DE JANEIRO, RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 29/03/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785%2E+OU+79785%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zaozskl>> Acesso em: 28 de out. de 2016.

seu entendimento no sentido de haver a possibilidade de considerar os tratados internacionais de direitos humanos como obtentores do status supralegal e infraconstitucional.

Diante desta problemática, o ministro Gilmar Mendes, proferiu seu voto-vista em sede do Recurso Extraordinário 466.343-SP, no sentido da atribuição de um status de supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos que não foram incorporados nos termos do § 3º da Constituição Federal.⁵⁸

Este voto foi o vencedor em uma votação de cinco contra quatro votos favoráveis à posição do Ministro Gilmar Mendes. O voto vencido foi do Ministro Celso de Mello que modificou seu entendimento, de forma radical, ao considerar os tratados internacionais de direitos humanos com status constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Pois bem, o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos não incorporados de acordo com o trâmite do § 3º o artigo 5º da Constituição possuem hierarquia supralegal e infraconstitucional. Criase, aqui, um critério temporal que delimita a hierarquia da norma internacional.⁵⁹

Neste sentido, Barroso estabelece que para que um tratado de direitos humanos seja equivalente às Emendas Constitucionais deve-se observar o trâmite com a sua celebração pelo Presidente da República, aprovação pelo Congresso Nacional nos termos do § 3º do artigo 5º da constituição, sua ratificação e a sua promulgação e publicação.⁶⁰ Caso o tratado internacional não seja aprovado com o *quorum* qualificado, obterá o status de norma supralegal e infraconstitucional.

Vale ressaltar que o Ministro Celso de Mello trouxe este entendimento da hierarquia constitucional dos referidos tratados em outras oportunidades, *in verbis*:

⁵⁸ RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO – VOTO-VOGAL – Ministro Gilmar Mendes.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. [...]

O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO – VOTO-VOGAL – Ministro Gilmar Mendes)

⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 292.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição e tratados internacionais: Alguns Aspectos da Relação entre direito internacional e direito interno*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 173.

Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico.⁶¹

Fundamental é o estudo da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos para que possamos verificar qual é a parametricidade do controle de convencionalidade, com o objetivo de verificar o instituto como efetivador dos direitos humanos fundamentais. Ingo Sarlet aduz que “a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional”.⁶²

Celso de Albuquerque Mello é o maior expoente da teoria que possui tendências para a aceitação de que os tratados internacionais de direitos humanos merecem um status supraconstitucional. Essa teoria oferece um valor significativo ao direito internacional, bem como à supremacia da Convenção Americana de Direitos Humanos. Com um caráter garantista, este entendimento encontra árduas dificuldades em sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro como a consolidada supremacia da Constituição Federal.

Aduz o autor que “o atraso brasileiro é monumental, sendo suficiente lembrar que a Constituição do Paraguai admite um “ordenamento jurídico supranacional” [...]”.⁶³ Explicita, ademais, que “a Holanda adota que a ordem jurídica comunitária está acima de sua Constituição”.⁶⁴ Sobre o tema, estabelece Machado Neto ao se manifestar acerca da Teoria Pura do Direito:

Acima do ordenamento jurídico nacional, a teoria pura, obedecendo ainda, nesse ponto, ao monismo metodológico que a orienta – coloca o ordenamento internacional, aceitando, assim, a superioridade do direito internacional sobre o interno, posição de que se achava apartada a doutrina tradicional pelo seu apego ao dogma da soberania absoluta.⁶⁵

⁶¹ DE MELLO, Celso. HC 87.585/TO, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. fls. 341.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 74.

⁶³ MELO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 112.

⁶⁴ *Ibid.* p. 114.

⁶⁵ MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 46.

Este posicionamento é relacionado com a ideia da hierarquia do ordenamento e da norma fundamental defendida por Hans Kelsen como o próprio fundamento de validade de uma ordem jurídica.⁶⁶ Defende, ademais, a norma fundamental, o jurista Norberto Bobbio ao estabelecer que para que se feche o sistema jurídico deve se dar um passo além das normas constitucionais.⁶⁷

Com a devida análise, vislumbra-se que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal é, no mínimo, questionável. Apesar de todo o fundamento do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, percebe-se que este posicionamento não é o mais garantista ou o que promove da melhor forma os direitos humanos no âmbito nacional.

Vale citar o entendimento de Valério mazzuoli acerca do tema:

Segundo o nosso entendimento, a cláusula aberta do § 2.º do art. 5.º, da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo *grau* hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional.⁶⁸

No mesmo sentido é Flávia Piovesan:

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.⁶⁹

Com entendimento consonante é José Joaquim Gomes Canotilho ao estabelecer a internacionalização e a supranacionalização como um elemento que caracteriza a atual ordem jurídico-constitucional. Salienta o autor, que a normação internacional é uma verdadeira fonte

⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 221.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999. p. 58.

⁶⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 3ª Ed. São Paulo, 2013. p. 37.

⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 108.

do direito. Explicita que o direito internacional geral e o direito internacional convencional fazem parte do direito português.⁷⁰

Neste sentido, Jorge Miranda estabelece: “[...] aceite o primado do Direito internacional, também os actos internacionais (v.g., tratados) têm preferência sobre os actos de Direito interno (v. g., leis).”⁷¹

Caçado Trindade estabelece que o Estado não pode criar dificuldades para a efetivação dos diplomas internacionais visando a proteção dos direitos humanos afirmando que o Estado que contraiu as obrigações internacionais de forma voluntária não pode alegar dispositivos legais ou constitucionais para justificar o não cumprimento dos Tratados, nem mesmo invocar a soberania como elemento de interpretação dos tratados.⁷²

Mazzuoli defende, especificamente, que os tratados que se enquadrarem na cláusula aberta do § 2º do artigo 5º da Constituição já são incorporados, pelo ordenamento jurídico brasileiro com uma hierarquia materialmente constitucional, enquanto que, os tratados incorporados na forma do § 3º do artigo 5º da Carta Magna receberiam, além de materialmente, o *status* formalmente constitucional.⁷³

Deste modo, vislumbra-se uma grande diferença entre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quando comparado ao que estabelece parte da doutrina brasileira. Para o Supremo, os tratados que não versam sobre direitos humanos possuem força de lei. Os tratados que versam sobre direitos humanos que não foram internalizados pelo § 3º do artigo 5º da Constituição possuem status de norma infraconstitucional e supralegal. Já os tratados internacionais incorporados pelo *quorum* qualificado ostentam, por sua vez, status constitucional.

O entendimento encabeçado por Mazzuoli já organiza a estrutura hierárquico-normativa brasileira de forma diversa. Para o autor, os tratados internacionais comuns, que não versam sobre direitos humanos já possuem status supralegal e infraconstitucional. Por sua vez, quaisquer dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos já possuem status de norma constitucional por força do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Todavia, os tratados não incorporados nos termos do § 3º da Constituição possuem caráter materialmente

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003. p. 704.

⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Tradução da edição portuguesa. p. 485.

⁷² TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 526.

⁷³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 63.

constitucional, enquanto os tratados incorporados pelo referido procedimento possuem caráter material e formal constitucional.

Percebe-se que este entendimento, em que pese não seja o utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, estabelece uma maior força aos tratados internacionais de direitos humanos, seguindo com a forte tendência da aplicação efetiva do direito internacional ao interno e possibilitando um Controle de Convencionalidade mais amplo, com relação parâmetro de controle.

De qualquer modo, integrando os tratados internacionais à Constituição Federal, independentemente da teoria defendida, percebe-se que estes passam a deter o caráter de normativas supremas, estando em um patamar hierarquicamente superior às demais normas. Sobre o tema, esclarece Barroso que “A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível.”⁷⁴ Neste sentido é Norberto Bobbio ao afirmar que acima das normas inferiores, temos a norma superior que é a constitucional.⁷⁵

2.4. A NECESSIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

A Jurisdição é uma das funções estatais que objetiva dirimir os conflitos, por meio de um processo específico, de forma imparcial, com a utilização da justiça, analisando o caso concreto. Esta atividade judicial possui um caráter de poder, função e atividade, sendo a manifestação estatal com a imposição de decisões, o encargo que possuem os órgãos do Estado de promover a pacificação social por meio do processo e o conjunto dos atos judiciais no processo, com o exercício do poder e da sua função.⁷⁶

A partir da atividade da jurisdição:

[...] cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro,

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 107.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999. p. 58.

⁷⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2012. p. 155.

a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país.⁷⁷

Fredie Didier Jr. conceitua a jurisdição estabelecendo que:

[...] é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível⁷⁸

Já a Jurisdição Constitucional, de forma específica, pode ser conceituada como a aplicação pelo Poder Judiciário das normas previstas na Constituição Federal⁷⁹ ou ainda como “[...] uma forma “qualificada” de jurisdição, pois é aquela que tem como matéria direta a incidência das normas constitucionais (independente de ser material ou formal). [...]”⁸⁰

Com a síndrome da inefetividade das normas constitucionais,⁸¹ a jurisdição constitucional assumiu um papel fundamental relacionado ao estabelecimento do Estado Democrático de Direito. Os modelos de jurisdição constitucional mais utilizados em ordenamentos jurídicos diversos foram estudados para a sua aplicação no sistema brasileiro com o objetivo de que os direitos fundamentais pudessem ser usufruídos pela população. A Jurisdição Constitucional possui um importante papel para a efetivação do Estado Democrático de Direito, com a reaproximação entre direito e moral promovida pelo pós-positivismo, e relacionada com o neoconstitucionalismo.⁸²

Diante deste quadro da necessidade da aplicação da jurisdição constitucional, o instituto do controle de constitucionalidade se tornou fundamental para o ordenamento jurídico brasileiro. O instituto pode ser conceituado como a “atividade de verificação da conformidade ou adequação da lei ou do ato do poder público com a constituição”.⁸³ O Supremo Tribunal Federal passa, neste momento, a possuir mais uma função fundamental: a de declarar o direito

⁷⁷ Ibid p. 47

⁷⁸ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Vol I*. 18ª Ed. Juspodivm: Salvador. 2016. p. 155.

⁷⁹ FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional, democracia e direitos fundamentais*. 1º ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 26.

⁸⁰ PEIXOTO, Geovane de Mori. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm. 2013. p. 155.

⁸¹ STRECK. Lenio Luiz. *O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais*. Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 170.

⁸² PEIXOTO, Geovane de Mori. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm. 2013. p. 156.

⁸³ DA CUNHA JR. Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. Salvador. Juspodivm. 2013. p. 259.

a ser aplicado no caso concreto, objetivando a efetivação dos direitos fundamentais, por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

O Controle de Constitucionalidade Concentrado se relaciona com a lei em tese, tendo efeitos, em regra, *erga omnes*. É um instrumento essencial para a efetivação dos direitos fundamentais, tendo em vista que não permite que as normas infraconstitucionais venham dispor de forma contrária ao diploma supremo do ordenamento jurídico ou possibilita a efetivação de direito fundamental, previsto na Constituição por norma de eficácia limitada, não regulamentada por ineficiência do Estado.

Neste sentido, as ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade (*Ação Direita de Inconstitucionalidade; Ação Declaratória de Constitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*) se tornam essenciais à efetivação dos direitos fundamentais.

O ordenamento jurídico brasileiro se inspirou no Direito Austríaco utilizando o seu sistema de controle de constitucionalidade concentrado, com as contribuições do Jurista Hans Kelsen que propôs o sistema com fundamento nos ideais constitucionalistas, diferindo, desta forma, do sistema norteamericano, que era o mais conhecido no âmbito internacional.⁸⁴

Porém, não é somente o Supremo Tribunal que obtém as atribuições no que tange à jurisdição constitucional. Os Magistrados singulares, bem como qualquer Tribunal do poder judiciário são incumbidos de realizar o controle difuso de constitucionalidade. Aqui, o controle de constitucionalidade se relacionará com o caso concreto, declarando a constitucionalidade ou não de determinada norma com relação às partes processuais. Os efeitos aqui são *inter partes* sendo exercido um controle subjetivo.

Este sistema difuso é produto da *Common Law* norteamericana, que, a partir da resolução dos casos concretos, bem como dos precedentes judiciais, possibilitou a realização de um controle subjetivo pelo Magistrado. Deste modo, no ordenamento jurídico brasileiro, o Magistrado, em linhas genéricas, deve, quando suscitado em determinada ação, se posicionar acerca da constitucionalidade ou não de determinada lei em um âmbito subjetivo.

O ordenamento jurídico brasileiro adota os dois sistemas, ampliando, desta forma os mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais por meio da jurisdição constitucional. O Controle de Constitucionalidade, deste modo, possui um fundamental papel no direito brasileiro.

⁸⁴ DA CUNHA JR. Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. Salvador. Juspodivm. 2013. p. 276.

Todavia, com este estudo faz-se necessário se pensar mais além. O Controle de convencionalidade deve ser aplicado de forma parecida, tornando a jurisdição constitucional ainda mais ampla, com o controle dos diplomas normativos a partir dos tratados internacionais de direitos humanos. Frise-se que deve haver, na aplicação do mecanismo internacional, um dinâmico diálogo entre as jurisdições da Corte Interamericana e das Cortes latino-americanas de cada Estado.⁸⁵

Para que a jurisdição constitucional seja ampliada mais ainda neste sentido, deve-se partir do pressuposto de que os tratados de direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro já possuem, automaticamente o status materialmente constitucional, podendo ademais, se incorporados nos moldes do § 3º do artigo 5º da Constituição, ocupar, também, o status formalmente constitucional. Pois bem, este é o pensamento da doutrina majoritária brasileira, que busca a interpretação Constitucional a partir do princípio da vedação do retrocesso.

A partir deste entendimento, pode-se afirmar que obtendo os tratados internacionais de direitos humanos o status de norma constitucional com fundamento no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal ou, sendo estes equivalentes às emendas constitucionais com base no previsto no artigo 5º, § 3º da Carta Magna, poderão ser paradigma de Controle de Convencionalidade das normas infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro.⁸⁶ Deste modo, percebe-se que a jurisdição constitucional poderá ser ampliada no que tange aos mecanismos utilizados pelo Poder Judiciário.

Basta uma análise preliminar para a imediata conclusão de que o controle de convencionalidade será muito mais efetivo se os tratados internacionais de direitos humanos possibilitarem uma ampliação da jurisdição constitucional. Isso somente ocorrerá com a atribuição de um status constitucional aos referidos diplomas normativos.

2.5. MECANISMOS ESSENCIAIS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.

Após um longo período histórico em que predominava o caráter liberal na maioria dos Estados, os governos perceberam que mais um elemento deveria ser incluído ao Estado, qual

⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. *Controle de Convencionalidade, Direitos Humanos e Diálogo entre jurisdições*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 74.

⁸⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano. 1ª Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 05.

seja, a finalidade. Além dos já definidos elementos fundamentais do Estado que se consubstanciavam somente em povo, território e poder, a finalidade foi incluída em um momento histórico que o liberalismo desenfreado desencadeou diversos problemas.

A crise de 1929 foi outro fator que desencadeou na necessidade de os Estados buscarem efetivar o bem estar social (*Welfare State*), regulando diversos setores na sociedade, inclusive a economia. Além desses fatores, as Constituições, inspiradas na Constituição do México de 1917 e de Weimar, da Alemanha, do ano de 1919, passaram a dispor de normas programáticas que estabeleciam maior dever estatal na efetivação dos direitos individuais de primeira geração, bem como nos “novos” direitos sociais de segunda dimensão.

As normas constitucionais programáticas que já definiam o papel do Estado como de fundamental importância foi o primeiro passo para a efetivação com a participação ativa do Estado. A partir deste momento o Estado deveria, obrigatoriamente, garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

Todavia, percebe-se que até o momento, o Estado brasileiro, não consegue efetivar o rol extensivo de direitos previstos constitucionalmente. A situação ainda se agrava quando se tem em questão os direitos humanos internacionais. Diversos mecanismos buscam e conseguem, na maioria das vezes, efetivar os direitos fundamentais, havendo ainda, todavia, a insuficiência da referida efetivação.

O Poder Legislativo tem trabalhado para a edição de leis que regulamentam dispositivos constitucionais com a finalidade de trazer a concretude às disposições Constitucionais. O Poder Executivo, com as políticas públicas, também se utiliza de mecanismos para a efetivação dos direitos fundamentais, sendo estas políticas também realizadas pelos outros dois poderes estatais. É ainda importante o Poder Judiciário por força dos institutos do ativismo judicial e da judicialização, bem como com a atuação dos Juízes e Tribunais brasileiros.

As garantias constitucionais também são importantes ferramentas para a efetivação dos direitos fundamentais constitucionais. O *Habeas Data*, o *Habeas Corpus*, o Mandado de Segurança, bem como o Mandado de Injunção são remédios constitucionais de extrema importância para o exercício dos direitos pelos cidadãos brasileiros. A ação popular e a ação civil pública também são importantes para a coletividade brasileira.

O já discutido Controle de Constitucionalidade é, também, um mecanismo essencial que possibilita um controle concentrado e difuso das normas infraconstitucionais, tendo como parâmetro a Constituição Federal. A partir deste instrumento complexo, leis e atos

administrativos são verificados para que se estabeleça a compatibilidade ou não destes com relação à Constituição.

Com tantos mecanismos citados, o direito internacional e, em especial, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos têm atuado com o objetivo principal de efetivar os direitos humanos fundamentais. Diversos tratados internacionais, já citados, foram elaborados para estabelecer, em todo o continente americano, parâmetros mínimos de direitos humanos fundamentais que devem ser respeitados pelos Estados signatários.

Com a Convenção Americana de Direitos Humanos, que se uniu aos demais tratados, diversos países, inclusive o Brasil, concordaram em observar os direitos humanos fundamentais previstos, bem como as disposições e entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir deste momento, a Corte e a Comissão atuaram com a finalidade de promover a maior efetivação dos direitos humanos em todo o continente americano.

As competências consultiva e contenciosa, possibilitam que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicione acerca de casos concretos que envolvam o desrespeito dos direitos humanos fundamentais pelos Estados. Em diversos casos a Corte responsabilizou determinados Estados para que estes agissem de forma a garantir os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos.

Cançado Trindade lista, em livro específico, os instrumentos básicos de proteção no âmbito global, bem como os instrumentos básicos de proteção no âmbito regional do continente americano, europeu, africano e árabe. No âmbito global, o autor destaca a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher de 1952, dentre outros, afirmando trinta e nove instrumentos globais de proteção aos direitos humanos.

Já no âmbito regional, o autor elenca mais trinta e dois instrumentos, sendo quinze do Sistema Interamericano como, por exemplo, a Convenção sobre o Asilo de 1928, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais do mesmo ano, a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1967, a Convenção Interamericana sobre a Concenssão dos Direitos Civis à Mulher de 1948 e a de Concessão de Direitos Políticos à Mulher do mesmo ano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, dentre outros.

Afirma o autor que a evolução global dos direitos humanos e a expansão do direito internacional proporcionaram um reflexo no ordenamento jurídico brasileiro sendo necessário

o estudo das normas da proteção internacional dos direitos humanos com sensibilidade.⁸⁷ Valério Mazzuoli elenca, em seu Curso de Direitos Humanos, espécies de mecanismos globais não convencionais de proteção dos direitos humanos. Além dos mecanismos convencionais, decorrentes de tratados internacionais, existem os mecanismos não convencionais que não estão previstos de forma originária em tratados internacionais, mas os Estados aderem formalmente.⁸⁸

Neste sentido, destaca o autor o Conselho de Direitos Humanos que estabelecem Grupos de Trabalho (*Working Groups*) e Relatores Temáticos (*Thematic Rapporteurs*) que acompanham a situação dos direitos humanos em diversos Estados. Destaca, ademais, as Resoluções 1235 e 1503 do ECOSOC (Conselho Econômico Social, bem como os mecanismos não convencionais de monitoramento que foram estabelecidos pelo Conselho de Direitos Humanos, como o mecanismo de revisão periódica universal, que possui como objetivo implementar o sistema *peer review* (revisão por pares) que visa cobrar dos Estados, relatórios acerca da situação respectiva no âmbito dos direitos humanos.⁸⁹

Explicita, ainda, o autor, que o Brasil já recebeu visitas de relatores das Nações Unidas, com o objetivo de analisarem a situação dos direitos humanos fundamentais no país, tendo sido obrigado a gerar relatórios informativos ao Conselho de Direitos humanos de forma a prevenir que os aludidos direitos sejam desrespeitados.⁹⁰

Além de todos esses mecanismos nacionais e internacionais, um novo instrumento tem ganhado cada vez maior proporção no continente americano, sendo ainda, todavia, desconhecido pela maioria dos operadores do direito brasileiros. Este método que objetiva a máxima efetivação dos direitos humanos fundamentais é denominado de Controle de Convencionalidade.

⁸⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 61.

⁸⁸ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Método. 2015. p. 118.

⁸⁹ *Ibid*, p. 120 e seguintes.

⁹⁰ *Ibid*, p. 129.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA IMPOTÊNCIA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

A partir da discussão realizada no capítulo anterior, foi possível verificar que o conteúdo dos direitos fundamentais é idêntico ao dos direitos humanos, no sentido axiológico. Neste sentido, são os direitos mais essenciais para a efetivação da dignidade da pessoa humana e, enquanto os primeiros se encontram positivados em diplomas de determinado direito interno, a outra espécie de direitos pode ser encontrada nos tratados e convenções de direitos humanos em um plano internacional.

Após a referida análise inicial, será possível verificar o conceito e a evolução do controle de convencionalidade, para que, posteriormente, seja possível discutir a mais correta parametricidade de controle para que seja atingida a máxima promoção e efetividade dos direitos fundamentais, realizando-se, para isso, um estudo comparado entre a aplicação do mecanismo no Brasil e na Argentina.

Entretanto, preliminarmente, é válida uma abordagem acerca do Sistema Interamericano de Proteção dos direitos humanos, tendo em vista o fato de que o controle de convencionalidade foi bastante desenvolvido, tanto no plano teórico quanto prático, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.1. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Com os diversos problemas decorrentes da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas foi criada com o objetivo de amenizar os as consequências da guerra e promover os direitos humanos à população global. A soberania pregada por Jean Bodin, deste modo, perdeu o seu caráter absoluto em respeito ao Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos.

Neste sentido, é o que estabelece André Menezes, ao afirmar que foi instaurada a Organização das Nações Unidas, com mecanismos de defesa, promoção e proteção aos direitos humanos, resultando em um conjunto de instrumentos internacionais que são conhecidos como o sistema universal de proteção dos direitos humanos, tendo como diplomas fundamentais a Carta de São Francisco, que criou a ONU em 1945, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O sistema também é composto por diversos tratados internacionais de caráter global, como o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e seu protocolo

adicional, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Declaração Universal de Direitos Humanos, que formam a chamada Carta Internacional de Direitos Humanos.⁹¹

O sistema universal foi fundamental para a consolidação dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos,⁹² como o sistema europeu, o sistema africano, bem como o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Para o entendimento do funcionamento da proteção dos direitos humanos fundamentais, bem como do controle de convencionalidade e sua aplicação no continente americano, faz-se necessária uma breve explanação do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e de suas peculiaridades.

Primeiramente, deve-se analisar a Organização dos Estados Americanos, sendo a compreensão desta um pressuposto para a discussão do Sistema Interamericano de Direitos. Ao longo da história, os Estados soberanos da América do Sul demonstraram pensamentos de união entre regiões com objetivo de um fortalecimento comum, bem como de uma maior proteção aos direitos intrínsecos ao homem. *Símon Bolívar* já externava seu pensamento no sentido da necessidade da criação de uma região “unida pelo coração”, resultando na realização do congresso do Panamá, no ano de 1826 que possuía a finalidade de formar uma Confederação de Estados Americanos.⁹³

No mesmo sentido de desenvolvimento e com os objetivos de discutir a forma de solução de controvérsias entre os Estados, para incentivar as relações comerciais e para ampliar os meios de comunicação, foi realizada a Primeira Conferência Internacional Americana na cidade de Washington, D.C. nos anos de 1889 e 1890. A União Internacional das Repúblicas Americanas para a pronta coleta e distribuição de informações comerciais foi um dos resultados positivos dessa conferência.⁹⁴

Os referidos encontros foram se tornando cada vez mais periódicos sendo realizados eventos importantes como a Quinta Conferência Internacional Americana, sediada na cidade de Santiago no Chile (1923), a Sétima Conferência Internacional Americana, realizada na cidade

⁹¹ MENEZES, André Felipe Barbosa de. *Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2009. p. 88.

⁹² TEREZO, Cristina Figueiredo. *A atuação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Pará, Belém, 2011. p. 166.

⁹³ GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.

⁹⁴ *Ibid.* p. 9.

de Montevideu no Uruguai (1933), a Conferência Interamericana sobre problemas da Guerra e da Paz na Cidade do México (1945), a Conferência Interamericana para Manutenção da Paz e Segurança no Continente na cidade do Rio de Janeiro no Brasil, sendo estabelecidos diversos pontos acerca do relacionamento entre os entes estatais, bem como diretrizes que deveriam ser seguidas pelos membros das conferências.⁹⁵

No ano de 1948, foram elaborados três diplomas fundamentais aos Estados Americanos no âmbito da IX Conferência. A Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, bem como o Pacto Americano de Soluções pacíficas criam, deste modo, a Organização dos Estados Americanos (OEA) que pode ser definida como: “uma organização internacional que tem por fundamentos precípuos o alcance de uma ordem que consagre a paz, a justiça e a solidariedade entre as nações”⁹⁶

A partir deste momento, o continente americano possuía uma organização pautada no crescimento econômico, com o estabelecimento da democracia, com a valorização da paz e, posteriormente, muito dedicada a efetivar os direitos humanos fundamentais nos Estados participantes. O artigo 2º da referida Carta é completo e pontual ao estabelecer os propósitos fundamentais da Organização dos Estados Americanos.⁹⁷

O artigo 4º, por sua vez, estabelece que são membros da referida organização todos os Estados Americanos que retificarem a Carta. Atualmente, todos os 35 Estados Americanos fazem parte da Organização, tendo, logicamente ratificado a carta, convergindo, deste modo, os seus interesses aos propósitos citados. Pois bem, a “[...] Carta da OEA foi produzida para

⁹⁵ Ibid. p. 9.

⁹⁶ GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

⁹⁷ Artigo 2

Para realizar os princípios em que se baseia e para cumprir com suas obrigações regionais, de acordo com a Carta das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos estabelece como propósitos essenciais os seguintes:

- a) Garantir a paz e a segurança continentais;
- b) Promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção;
- c) Prevenir as possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica das controvérsias que surjam entre seus membros;
- d) Organizar a ação solidária destes em caso de agressão;
- e) Procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os Estados membros;
- f) Promover, por meio da ação cooperativa, seu desenvolvimento econômico, social e cultural;
- g) Erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do Hemisfério; e
- h) Alcançar uma efetiva limitação de armamentos convencionais que permita dedicar a maior soma de recursos ao desenvolvimento econômico-social dos Estados membros.

Organização dos Estados Americanos. *Carta Da Organização Dos Estados Americanos*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm#ch1> Acesso em 18 de ago. de 2016.

alcançar precipuamente objetivos relativos à manutenção da paz e segurança do continente [...]”⁹⁸

A carta da Organização dos Estados Americanos prevê, como órgãos, a Assembléia Geral, os Conselhos e Conferências Especializadas, a Comissão Jurídica Interamericana de Direitos Humanos e a Secretaria-Geral. Sobre a Organização dos Estados Americanos estabelece André Menezes que a Organização dos Estados Americanos não é uma organização internacional de natureza supranacional como a União Européia mas que a Organização instituiu, pela vontade de seus Estados, um sistema interamericano de direitos humanos, tendo este, em verdade, o caráter de supranacionalidade, uma vez que a proteção dos direitos humanos ultrapassa os interesses soberanos estatais, com fundamento na dignidade da pessoa humana do *jus cogens* internacional.⁹⁹

Sidney Guerra estabelece que o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos engloba os procedimentos previstos na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁰⁰

Um “sistema” é o “conjunto de elementos que guardam entre si alguma relação”¹⁰¹. Pode ser, ademais, conceituado como “Disposição dos elementos que formam um todo organizado”¹⁰². Desta forma, além da discutida Carta da Organização dos Estados Americanos, o Sistema Interamericano se fundamenta em mais dois elementos normativos que exercem funções fundamentais para o alcance dos principais objetivos.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada, como visto alhures, na IX Conferência Internacional Americana no ano de 1948 na cidade de Bogotá, Colômbia estabelece uma série de direitos e deveres fundamentais e primordiais que devem ser observados e respeitados em um Estado Democrático de Direito. Diversos direitos e deveres previstos na Declaração foram inseridos na Constituição Federal de 1988. O referido diploma é essencial ao sistema interamericano, tendo o objetivo de promover a efetivação dos direitos humanos consagrados no plano teórico.

⁹⁸ GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 36.

⁹⁹ MENEZES, André Felipe Barbosa de. *Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2009. p. 95 e 96.

¹⁰⁰ GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27.

¹⁰¹ XIMENES, Sérgio. *Minidicionário Ediouro da Língua Portuguesa*. 2ª ed. São Paulo, Ediouro, 2000. p 693.

¹⁰² *Ibid.* p. 693.

Esta foi a base normativa de proteção utilizada no sistema interamericano em um período anterior ao instrumento da Convenção Americana de Direitos, sendo ainda esta base a utilizada como diploma principal pelos Estados que não ratificaram a referida Convenção. Portanto, o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos já estava constituído a partir da elaboração da citada Carta de Bogotá.

Importante, ademais, evidenciar a importância da Carta Democrática Interamericana, aprovada no ano de 2001, que ratifica uma das principais funções do sistema interamericano de direitos com a redação constante do Artigo 8º, qual seja, a análise de denúncia e petições com relação à violação dos direitos humanos.¹⁰³

Todavia, os diplomas normativos não se resumiram apenas nestes. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos merece especial destaque tendo em vista que todo este estudo somente foi possível pela proteção aos Direitos Humanos nela prevista. No ano de 1969 em São José, Costa Rica, ocorreu a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos que proporcionou um grande avanço ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.¹⁰⁴

Foi elaborada a Convenção Americana de Direitos Humanos que oferece uma proteção complementar ou coadjuvante à proteção interna dos Estados-partes. Com este caráter, conclui-se que a Convenção não busca retirar a competência primária para exercer a proteção aos direitos dos sujeitos à sua jurisdição.¹⁰⁵ Flávia Piovesan destaca essencialidade da Convenção ao afirmar que “O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos [...]”¹⁰⁶

Deste modo, percebe-se que o sistema de proteção aqui discutido atua de forma subsidiária à atuação do Estado-parte. Os Estados que ratificaram a Convenção, portanto, possuem, mais ainda, a obrigação de atuar, ativamente, no sentido da promoção e efetivação dos direitos humanos aos administrados.

¹⁰³ Artigo 8 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas que considere que seus direitos humanos tenham sido violados pode interpor denúncias ou petições perante o sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos, conforme os procedimentos nele estabelecidos. Os Estados membros reafirmam sua intenção de fortalecer o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, para a consolidação da democracia no Hemisfério. - Organização dos Estados Americanos. Carta Democrática Interamericana Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm> Acesso em 18 de ago. de 2017.

¹⁰⁴ GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 41.

¹⁰⁵ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Método, 2015. p. 136.

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012. p.127.

Contudo, no momento em que o ordenamento jurídico de determinado país falha ou se omite em proteger os direitos da sua população, o sistema interamericano deverá agir de maneira que seja suprida a lacuna proporcionada.

Os Estados Americanos que são signatários da Convenção Americana reafirmaram “seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem;”¹⁰⁷ A primeira parte da Convenção, intitulada de deveres dos Estados e direitos protegidos já demonstra esse caráter. Com os ideais do Estado do bem estar social (*welfare state*) vislumbra-se que o poder público serve para proporcionar, de forma ativa, a proteção aos direitos humanos aos seus administrados. A finalidade do Estado é amplamente difundida e utilizada a partir destas concepções.

Há aqui a enumeração dos direitos humanos fundamentais que incorporam os direitos civis e políticos, suas garantias, bem como os princípios essenciais que relacionam-se umbilicalmente aos referidos direitos. O direito à vida, à integridade, à proibição da escravidão, à liberdade, honra, propriedade e dignidade são alguns dos direitos elencados nos artigos da Convenção.

A segunda geração dos direitos humanos fundamentais não foi esquecida, sendo estabelecidos, de forma genérica, os direitos econômicos sociais e culturais. Para que houvesse a previsão específica dos direitos econômicos sociais e culturais, a Organização dos Estados Americanos assumiu um Protocolo Adicional à Convenção Americana, intitulado de Protocolo de San Salvador, tendo entrado em vigor no ano de 1999.

Fábio Konder Comparato explicita que com o objetivo de obter a adesão dos Estados Unidos da América à Convenção, a Conferência de São José da Costa Rica decidiu regulamentar os direitos econômicos, sociais e culturais em um protocolo à parte que veio a ser aprovado na cidade de São Salvador, na data de 17 de novembro de 1988. A abolição da pena de morte foi discutida também em um protocolo adicional à Convenção na Conferência Interamericana de Assunção.¹⁰⁸ Valério Mazzuoli elenca os principais instrumentos internacionais que merecem ser citados, sendo estes o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e

¹⁰⁷ Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, 1969. Preâmbulo. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 18 de ago. de 2016.

¹⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 380.

Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) de Belém do Pará, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).¹⁰⁹

Posteriormente, na Convenção Americana de Direitos Humanos, encontram-se os deveres das pessoas, que também convergem para a possibilidade de promoção dos direitos humanos. Após a primeira parte, que, como já informado, elenca direitos humanos fundamentais essenciais ao ser humano e prevê os deveres dos Estados Partes e dos próprios protegidos, a Convenção estabelece os Meios de Proteção que são de fundamental importância para o presente estudo.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos são dois órgãos previstos pela Convenção, sendo estes competentes para tratar dos assuntos referentes ao cumprimento dos compromissos ratificados pelos Estados Partes que incorporaram o diploma normativo.

Estes órgãos autônomos e independentes possuem papel fundamental para o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos que finalmente iria atuar a partir de órgãos especiais, com jurisdição específica para a efetivação dos direitos humanos. Com a instituição da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos, a Convenção Americana possibilitou a proteção e a supervisão da aplicação dos direitos individuais estabelecidos no referido diploma. A Convenção aqui estabeleceu “um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia”.¹¹⁰

De forma sintética estabelecem Mônica Souza e Denisson Chaves que “O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é o conjunto de diplomas e instituições transnacionais que tem como objetivo a proteção e promoção dos direitos do homem no continente americano.”, estabelecendo a presença de dois regimes distintos, quais sejam, o regime da Carta da Organização dos Estados Americanos e o regime da Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo este último regime composto por quatro diplomas normativos fundamentais que são a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, a

¹⁰⁹ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Método. 2015. p. 138.

¹¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012. p.130.

Carta da Organização dos Estados Americanos, também de 1948, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e o Protocolo de San Salvador do ano de 1988.¹¹¹

Já André Menezes estabelece que há um tríplice regime de proteção no sistema interamericano. Neste sentido, primeiramente, todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos, que sejam signatários ou não da Convenção Americana já estão sujeitos à Comissão, por força da Carta da Organização. Em um segundo regime jurídico o Estado signatário da Convenção, além de estar sujeita à comissão, estão sujeitas às disposições da Pacto de San José. Já em um terceiro regime, o Estado se submeterá à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, devendo, para isso, haver uma aceitação expressa, como estabelece o artigo 62(1) do referido Pacto.¹¹²

Desta forma, é mister que se discuta sobre a importância dos órgãos do sistema interamericano de direitos, especificamente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Composta por sete membros de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos¹¹³ e sediada em Washington, D.C nos Estados Unidos da América, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possui a competência para receber as denúncias ou queixas apresentadas por qualquer pessoa, grupo de pessoas ou de determinada entidade não governamental por violação da Convenção Americana por algum Estado Parte.

Este fator estabelece um respeito ao princípio do acesso à justiça, bem discutido por Mauro Capelletti¹¹⁴, possibilitando que qualquer jurisdicionado questione determinadas matérias no âmbito da justiça internacional. A Comissão tem sido um dos organismos mais dinâmicos, sendo de vital importância para a solidificação jurisprudencial e jurídica dos direitos humanos.¹¹⁵

O sistema interamericano não permite, diferentemente do sistema europeu, que qualquer pessoa postule perante a Corte. Desta forma, a comissão interamericana de direitos fica incumbida de receber as referidas petições, elaborando um relatório e, se o Estado persistir no

¹¹¹ SOUSA, Mônica Teresa Costa. CHAVES, Denisson Gonçalves. *O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016. p. 98.

¹¹² MENEZES. André Felipe Barbosa de. *Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2009. p. 117.

¹¹³ Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 34. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 18 de out. de 2016.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

¹¹⁵ MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 189.

desrespeito aos direitos humanos no caso concreto em questão, deve a Comissão apresentar a sua denúncia à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão é prevista no artigo 33, alínea “a” da Convenção Americana de Direitos, bem como, nos seus artigos 34 à 51. Realiza, ademais, a admissibilidade das petições verificando a presença dos seguintes requisitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.¹¹⁶

Sidney Guerra classifica os pressupostos em de forma e de fundo, sendo aqueles que a petição contenha nome, nacionalidade, profissão, bem como a assinatura dos requerentes; que contenha uma relação de fato, sendo especificado o lugar, data e o nome das vítimas das violações, bem como das Autoridades que tenham conhecimento acerca dos fatos; que esteja presente a indicação do Estado que violou os direitos previstos na Convenção Interamericana e que afirme se utilizou a jurisdição interna ou sobre a possibilidade de utilizá-la.¹¹⁷ Já os requisitos de fundo levam em consideração os aspectos relacionados ao esgotamento dos recursos da jurisdição interna, à apresentação dentro do prazo de seis meses a partir da notificação da decisão definitiva, à matéria da petição que não deve estar pendente de outro processo de solução internacional, à coisa julgada e, por fim, à falta de fundamentação.¹¹⁸

A Comissão já era prevista pelo artigo 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos, nos seguintes termos:

Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.

¹¹⁶ 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;
- b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
- d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos

Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 46. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 18 de out. de 2016.

¹¹⁷ GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 66.

¹¹⁸ Ibid. p. 66 e 67.

Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.¹¹⁹

A partir da análise do referido artigo, percebe-se que a função da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é a de órgão consultivo, para promover o respeito e a defesa dos direitos humanos no continente. A comissão possui competência para dar publicidade a assuntos relacionados aos direitos humanos com relatórios, estudos, palestras, dentre outros, podendo, ademais, fazer recomendações aos Estados acerca da adoção de medidas progressivas em favor dos direitos humanos.¹²⁰ Além disso, Sidney Guerra lista diversas funções da Comissão, como estimular a consciência dos direitos humanos nos povos do continente, formular recomendações aos governos dos Estados membros, preparar estudos ou relatórios para o desempenho das suas funções, solicitar aos governos dos Estados membros que lhe informem sobre as medidas que adotarem no que se refere aos direitos humanos, atender às consultas que forem formuladas pelos Estados membros, atuar com respeito às petições e outras comunicações e apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da OEA.¹²¹

A doutrina mexicana ainda estabelece mais funções à Comissão, devendo esta atuar como conciliadora, assessora dos governos, crítica das violações, legitimadora para sanar violações, promotora do respeito aos direitos humanos, bem como protetora desses direitos.¹²²

Ademais, o artigo 33, alínea b da Convenção Americana, trata da Corte Interamericana de Direitos Humanos como órgão competente para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes.

A Corte é discriminada nos Artigos 52 a 73 da Convenção Interamericana de Direitos, sendo estabelecida a sua organização, competência e funções, bem como o procedimento que esta deve seguir. O órgão pode ser definido como:

[...] uma instituição judicial independente e autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Trata-se, portanto, de um tribunal com o propósito primordial de resolver os casos que lhes são apresentados por supostas violações aos direitos humanos protegidos pela Convenção Americana.¹²³

¹¹⁹ Carta da Organização dos Estados Americanos. Artigo 106. <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm> Acesso em: 18 de ago. de 2016.

¹²⁰ SHAW, Malcom N. *Direito Internacional*. São Paulo. Martins Fontes, 2010. p.293

¹²¹ GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 62 e 63.

¹²² Ibid. p. 63 e 64.

¹²³ GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 72.

Valério Mazzuoli conceitua a Corte como o “[...] órgão jurisdicional do sistema interamericano que resolve sobre os casos de violação de direitos humanos perpetrados pelos Estados-partes da OEA e que tenham ratificado a Convenção Americana.”¹²⁴ A proteção internacional dos direitos humanos é o objetivo principal da Corte Interamericana de Direitos Humanos que busca efetivar os princípios consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.¹²⁵

A Corte é composta por sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, eleitos a título pessoal por juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, devendo reunir as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, consonante com a lei do seu país de origem, ou do Estado que o propõe como candidato.

Com centenas de decisões e julgamentos proferidos, é nítida a importância da Corte Interamericana de Direitos para a efetivação dos Direitos Humanos. Em diversas situações nas quais se vislumbra o desrespeito aos Direitos Humanos, a Corte Interamericana pôde atuar, de forma subsidiária, estabelecendo a efetivação desses direitos no âmbito dos países que compõem a Organização dos Estados Americanos e incorporaram a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O órgão Julgador possui duas competências, sendo estas denominadas de consultiva e contenciosa, com o objetivo de proferir pronunciamentos efetivos que adequem os países ao que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A competência consultiva possibilita a emissão do posicionamento da Corte acerca da correta interpretação das normativas previstas na Convenção Americana e dos demais tratados internacionais que versam acerca dos Direitos Humanos.¹²⁶ Neste sentido é o Artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 64

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes

¹²⁴ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Método. 2015. p. 140.

¹²⁵ BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 255.

¹²⁶ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Método. 2015. p. 141.

competem, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

Neste plano consultivo, “qualquer membro da OEA – parte ou não da Convenção – pode solicitar o parecer da Corte relativamente à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos aplicável aos Estados Americanos”.¹²⁷

Já a competência contenciosa, possui caráter jurisdicional, com a resolução de casos concretos, dirimindo conflitos quando há a alegação de que algum dos Estados Partes violou alguma das disposições da Convenção. A aplicação desta competência limita-se aos Estados-partes da convenção que reconheceram, de forma expressa, a jurisdição da Corte Interamericana. Diante disso, a doutrina argentina afirma a eficácia direta das decisões do Sistema Interamericano ao direito interno.¹²⁸

Neste sentido é o que estabelece Mônica Sousa e Denisson Chaves:

A função consultiva é aplicável a todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), e consiste na interpretação das normas da Organização e dos demais tratados de direitos humanos, assim como na análise de compatibilidade entre a produção normativa interna dos Estados-membros e os diplomas internacionais de direitos humanos. De outra parte, a função contenciosa é condicionada à aceitação de jurisdição obrigatória pelos Estados. No plano contencioso a Corte tem legitimidade para fazer cumprir o conteúdo decisório de suas sentenças.¹²⁹

Não é qualquer ente que possui a capacidade de postular diretamente à Corte Interamericana. O Sistema Interamericano não é idêntico ao Sistema Europeu, como já afirmado. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos funciona com atuação preliminar à jurisdição da Corte Interamericana. Caso haja necessidade, a própria comissão poderá levar o caso concreto ao conhecimento da Corte Interamericana, assim como algum Estado que tenha a necessidade de propor determinada demanda, conforme a redação do artigo 61 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Artigo 61 - 1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.”

¹²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.139 e 140.

¹²⁸ OTEIZA, Eduardo. Efectos de la doctrina sobre el control de convencionalidade de acuerdo con los precedentes de la corte suprema de justicia argentina. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli*. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 420.

¹²⁹ SOUSA, Mônica Teresa Costa. CHAVES, Denisson Gonçalves. *O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016. p. 100.

A Corte poderá se utilizar de “medidas provisórias” quando se estiver diante de casos de extrema gravidade e urgência ou para evitar danos irreparáveis às pessoas. Estas medidas funcionam como espécies de antecipações dos efeitos da tutela, para que não haja a possibilidade do prejuízo definitivo aos direitos humanos, havendo previsão neste sentido, no artigo 64 do Pacto de San José.

Decidindo no sentido de que houve violação dos direitos humanos previstos na Convenção Americana, a Corte assegurará à vítima o gozo do seu direito violado. Determinará, ademais, que o dano seja reparado da melhor forma, sendo possível a fixação de indenização cabível à parte lesada, nos ditames do artigo 63 da Convenção.

O artigo 67 do Diploma Internacional, por sua vez, prevê que a sentença da Corte será definitiva e inapelável, devendo os Estados Partes observarem o disposto no artigo 68, isto é, cumprirem as decisões da Corte em todos os casos em que figurarem como parte.

No que tange ao Estado Brasileiro, casos julgados pela Corte Interamericana foram essenciais para a efetivação dos direitos fundamentais. Podem ser citados os seguintes casos: “Case of Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brazil”; “Case of Escher et al. v. Brazil.”; “Case of Garibaldi v. Brazil.”; “Case of Nogueira de Carvalho et al. v. Brazil.”; e “Case of Ximenes Lopes v. Brazil.”. Neste sentido, é necessário que se identifique “a jurisdição internacional como co-partícipe da nacional na realização da justiça.”¹³⁰

3.2. O CONCEITO E A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

O Controle de Convencionalidade é um importante mecanismo que busca verificar se as normas de determinado ordenamento jurídico, bem como atos exercidos pelo Poder Público são compatíveis com os Tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado em questão. Partindo-se da proposta que o referido controle apresenta, percebe-se que os direitos humanos fundamentais poderão ser efetivados de forma mais frequente em um Estado Democrático de Direito.

¹³⁰ TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

Cançado Trindade já estabelecia, desde o século passado, a possibilidade de haver a necessidade de determinado Estado adequar o arcabouço legislativo interno às obrigações convencionais:

A significação e o alcance dos tratados sobre proteção dos direitos humanos não de ser medidos igualmente por seus possíveis efeitos no direito interno dos Estados Partes. Por vezes tais tratados impõem deveres que implicam a interação entre suas normas e as de direito interno [...]. Assim, tanto pode haver um impacto de tais tratados no direito interno dos Estados Partes – como efetivamente tem ocorrido, no sentido de acarretar mudanças legislativas internas harmonizando as leis nacionais com as obrigações convencionais – quanto, vice-versa, e menos estudado até hoje, do direito interno no sistema daqueles tratados.¹³¹

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos objetiva consolidar, cada vez mais, a ferramenta de controle com a sua Jurisprudência. Após os aportes iniciais e básicos da pesquisa, torna-se possível um maior esclarecimento acerca do Controle de Convencionalidade, bem como da sua aplicação em um âmbito geral.

Como afirmado alhures, o Controle de Convencionalidade é a “compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”¹³². Importante é ainda a lição de Sidney Guerra que conceitua o controle em questão como “um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição [...] quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas [...]”¹³³ Aduz, ademais, o autor, que o referido instituto garante a eficácia das legislações internacionais, bem como a resolução de conflitos entre o direito interno e as normas do direito internacional, podendo ser aplicado pela Corte Interamericana ou pelos tribunais internos dos países signatários da Convenção.¹³⁴

Mônica Sousa e Denisson Chaves ainda conceituam o mecanismo como um “conjunto de mecanismos que tem como objetivo a compatibilização das leis internas de um país com o

¹³¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 14 e 15.

¹³² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 79.

¹³³ GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 179.

¹³⁴ *Ibid.* p. 179.

conteúdo disposto nos tratados internacionais de direitos humanos por ele ratificado e em vigor no seu território.”¹³⁵

Canotilho estabelece que as normas de direito comunitário constituem o direito aplicável de forma direta em todos os Estados que são membros, tendo validade e eficácia imediata nos respectivos ordenamentos internos. Explicita que esses atos normativos podem derrogar as leis internas portuguesas que dispuserem de forma contrária da primazia do direito comunitário que é uma fonte normativa da própria ordem jurídico-constitucional.¹³⁶

Ainda não tão conhecido e pouco utilizado pelo Poder Judiciário brasileiro, o Controle de Convencionalidade é uma fundamental ferramenta para a efetivação dos direitos humanos fundamentais que tem sido cada vez mais utilizada nos Países da América Latina, bem como pela Corte Interamericana de Direitos, por meio de sua jurisprudência. Esta espécie de controle se relaciona completamente com o objetivo que possui o estado brasileiro desde a promulgação das normativas da Constituição Federal de 1988. A partir deste ano, “o Estado brasileiro passou a reconhecer obrigações em matéria de direitos humanos no plano internacional”¹³⁷, bem como se comprometeu a efetivar o "bem estar social".

Diante disso, o Estado brasileiro, que já se utilizava de mecanismos que realizam o controle das legislações e atos normativos, tendo como parâmetro a Constituição Federal, incorporando os modelos de Controle de Constitucionalidade dos Estados Unidos da América (modelo difuso) bem como o austríaco (modelo concentrado), com o crescente empenho na proteção dos direitos humanos, cada vez mais tratados foram ratificados e incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro. A partir das disposições constitucionais acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, percebe-se a necessidade da presença de um mecanismo, no ordenamento jurídico brasileiro, que verifique a compatibilidade entre as normas do direito interno e os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Saliente-se que se determinado ato da Administração Pública violar determinada disposição Convencional, o mecanismo de controle também deve ser aplicado, devendo o ato cessar de forma imediata, sendo reparadas eventuais vítimas ao *status quo ante*.

¹³⁵ SOUSA, Mônica Teresa Costa. CHAVES, Denisson Gonçalves. *O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016. p. 90.

¹³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003. p. 824 e 825.

¹³⁷ Op. cit. p. 174.

Considerando o conceito de Valério Mazzuoli, já transcrito, acerca do Controle de Convencionalidade, é possível verificar que este deve ser cada vez mais estudado e utilizado para que os direitos humanos sejam ampliados e efetivados com a necessária atribuição de um valor especial aos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja signatário, havendo uma harmonização entre as referidas normas internacionais para com demais diplomas infraconstitucionais, bem como para com os atos praticados pelo Estado, verificando-se, ademais, a forma que este deve ser aplicado. Neste sentido, há a possibilidade do estabelecimento do estado democrático de direito, bem como do cumprimento das disposições do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Os operadores do direito brasileiro não foram os primeiros a constatar que o ordenamento jurídico necessita de um mecanismo específico que verifique a compatibilidade das normas de direito interno tendo, como paradigma, os tratados e convenções que versam sobre direitos humanos. De forma completamente contrária, o Controle de Convencionalidade é uma ferramenta ainda desconhecida pela maior parte da doutrina nacional, bem como pelos operadores do direito, sendo, portanto, quase que inutilizada no sistema brasileiro.

Embora a ideia do Controle de Convencionalidade tenha surgido na França, a partir do teor da Decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, proferida pelo Conselho Constitucional Francês, foi a Corte Interamericana de Direitos Humanos a pioneira em exigir que os Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos exercesse o referido mecanismo com relação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos.¹³⁸ Vale a transcrição do trecho da decisão francesa que demonstrou o entendimento de que esta não era a competente para verificar a convencionalidade das leis do ordenamento jurídico francês:

[...] 6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles;
7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international; [...]¹³⁹

¹³⁸ PIZZOLO, Calogero [et al.]; Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, México, Peru, Uruguai*. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. Apresentação. p. XIII.

¹³⁹ 6. Considerando que o controle da conformidade com o princípio no artigo 55 da Constituição não pode ser exercido no âmbito da revisão prevista no artigo 61, por causa da natureza diferente dos dois controles;
7. Considerando que, nestas circunstâncias, não é para o Conselho Constitucional, quando é apreendido sob a seção 61 da Constituição para examinar a conformidade da legislação com as disposições de um tratado ou um acordo internacional. (tradução livre). Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975. Conseil Constitutionnel Français. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>> Acesso em: 10 de ago. de 2016.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com o Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, o Juiz Sérgio García Ramirez se referiu à expressão “controle de convencionalidade”, pela primeira vez, no âmbito da Corte Interamericana, no parágrafo 27 de seu voto individual.

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercute sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.¹⁴⁰

Percebe-se que já no ano de 2003 o Juiz mexicano Sérgio Garcia Ramirez já possuía a ideia de que era necessário que os Estados realizassem o Controle de Convencionalidade, trazendo consigo a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na formação de um mecanismo ainda em construção, o Juiz já se utilizava da concepção da responsabilidade global perante a Convenção Americana.

Já no ano de 2004, o mesmo Magistrado se posicionou acerca do Controle de Convencionalidade de atos nos seguintes termos:

3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden

¹⁴⁰ Para efeitos da Convenção Americana e do exercício da competência contenciosa da Corte Interamericana, o Estado trata de contas de forma abrangente, como um todo. Nesta ordem, a responsabilidade é global, que se refere ao Estado como um todo e não pode estar sujeito à repartição de competências previstas na lei nacional. Você não pode dissecar o Estado internacionalmente, forçando o Tribunal apenas um ou alguns dos seus órgãos, entregar estes representam o Estado no julgamento que a representação - sem um impacto sobre o estado e seu conjunto - e subtrair a outros este sistema convencional de responsabilidade, deixando suas ações fora do controle de "convencionalidade" que traz a jurisdição do Tribunal Internacional. (tradução livre).

I/A Court H.R., Case of Myrna Mack Chang v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2003. Series C No. 101.

que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.¹⁴¹

A expressão apareceu, ademais, em um primeiro momento no âmbito do voto principal da Corte Interamericana de Derechos Humanos, na data de 26 de setembro de 2006, com o julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* com o importante parágrafo 124 da decisão:

124. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Derechos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.¹⁴²

Verifica-se aqui uma preocupação da Corte Interamericana de Derechos Humanos com relação ao Direito interno estabelecido em cada Estado e a aplicação dos Derechos Humanos Internacionais com relação à Convenção Americana. Estabelecem que deve ser realizado o Controle de Convencionalidade pelo Poder Judiciário com o objetivo da efetivação dos derechos humanos. Importante a observação de que “[...] o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.”¹⁴³

¹⁴¹ Em certo sentido, a tarefa do Tribunal se assemelha a realizada pelos tribunais constitucionais. Estes examinar os atos --disposiciones contestados do general-- à luz das regras de escopo, princípios e valores das leis fundamentais. A Corte Interamericana, por sua vez, analisa os atos que tenham conhecimento sobre as normas, princípios e valores dos tratados de que funda a sua jurisdição. Em outras palavras, se os tribunais constitucionais controlar a "constitucionalidade" o tribunal internacional de derechos humanos decide sobre o "convencionalismo" de tais atos. A través do controle de constitucionalidade, órgãos internos buscam moldar a actividade do poder público --e possivelmente outros agentes para ordenar sociales-- envolvido no Estado de Derecho em uma sociedade democrática. O Tribunal Inter-americano, por sua vez, pretende formar essa atividade para a ordem internacional recebido na convención fundadora da jurisdicción interamericana e aceito pelos Estados Partes no ejercicio de sua soberania (tradução livre).

Voto Concurrente Razonado Del Juez Sergio Garcia Ramirez A La Sentencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos En El Caso Tibi Vs. Ecuador, Del 7 De Septiembre De 2004. p. 01.

¹⁴² I/A Court H.R., Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154. <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>>

¹⁴³ I/A Court H.R., Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154

Ora, neste sentido, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve possuir um caráter vinculante no que tange à aplicação do Controle de Convencionalidade. Deste modo, ao aplicar a referida modalidade de controle não se pode limitar esta aplicação à relevante proteção estabelecida pelos tratados internacionais de direitos humanos, como também, ao que prevê os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No mesmo ano, a Corte se referiu novamente ao Controle de Convencionalidade no Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru nos seguintes termos:

128. When a State has ratified an international treaty such as the American Convention, the judges are also subject to it; this obliges them to ensure that the effect of the Convention is not reduced or annulled by the application of laws contrary to its provisions, object and purpose. In other words, the organs of the Judiciary should exercise not only a control of constitutionality, but also of "conventionality" ex officio between domestic norms and the American Convention; evidently in the context of their respective spheres of competence and the corresponding procedural regulations. This function should not be limited exclusively to the statements or actions of the plaintiffs in each specific case, although neither does it imply that this control must always be exercised, without considering other procedural and substantive criteria regarding the admissibility and legitimacy of these types of action.¹⁴⁴

Mais uma vez a Corte evidencia o fato de que no momento em que um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana de Direitos humanos os julgadores também estão submetidos às disposições daquelas, devendo agir de forma a não impedir a efetividade das normas dos tratados se houver determinada Lei de direito interno que seja contrária à referida norma.

No ano de 2010 a Corte Interamericana, com votação unânime, definiu a sua jurisprudência acerca do tema no *Caso Cabrera-García and Montiel-Flores Vs. Mexico*.

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado

¹⁴⁴ Quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, os juízes também estão sujeitos a ele; Isto os obriga a assegurar que o efeito útil da Convenção não seja reduzido ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e finalidade. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário deveriam exercer não apenas o controle da constitucionalidade, mas também da "convencionalidade" ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana; Evidentemente no âmbito das respectivas esferas de competência e dos correspondentes regulamentos processuais. Esta função não deve limitar-se exclusivamente às declarações ou ações dos demandantes em cada caso específico, embora nem implica que esse controle seja sempre exercido, sem considerar outros critérios processuais e substantivos quanto à admissibilidade e legitimidade desses tipos de ação. (Tradução livre).

I/A Court H.R., Case of the Dismissed Congressional Employees (Aguado - Alfaro et al.) v. Peru. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 24, 2006. Series C No. 158. <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>>.

es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁴⁵

Reafirmando este entendimiento, a Corte identifica decisões de Cortes Supremas de diversos países da América no sentido da obrigatoriedade, no âmbito do direito interno, da vinculação das interpretações realizadas pela Corte Interamericana de Direitos acerca das normas da Convenção Americana.¹⁴⁶

Perceba-se que no referido julgado, a Corte estabelece que os órgãos dos Estados Partes de um tratado internacional como a Convenção Americana, devem, obrigatoriamente, aplicar o mecanismo do Controle Internacional tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos, bem como a interpretação que a corte interamericana oferece aos diplomas normativos.

Com mais de trezentos casos julgados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já estabeleceu diversas premissas com a sua jurisprudência. Porém, a doutrina nacional na maioria das vezes oferece maior destaque ao caso *Gelman v. Uruguay*.

Em uma breve explanação, o caso *Gelman vs. Uruguay* possui como objeto da controvérsia o desaparecimento forçado de Maria Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde o final do ano de 1976, quando esta se encontrava na cidade de Buenos Aires, capital Argentina em um estágio avançado de gravidez. No ano de 2010, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou à Corte Interamericana de Direitos uma demanda contra a República Oriental do Uruguai com a afirmativa de que a vítima foi trasladada ao Uruguai

¹⁴⁵ Este Tribunal tem estabelecido na sua jurisprudência que está ciente de que as autoridades nacionais estão sujeitos à regra de direito e, portanto, são obrigados a aplicar o disposto na lei. Mas quando um estado é uma parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluindo os seus juízes, também estão sujeitos a isso, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não são afetados por a aplicação de normas contrárias ao seu objeto e finalidade. Juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis são obrigados a exercer ex officio "controle de convencionalidade" entre as normas nacionais e da Convenção Americana claramente dentro dos respectivos poderes e regulamentos processuais correspondente. Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, intérprete final da Convenção Americana. (Tradução livre).

I/A Court H.R., *Case of Cabrera García and Montiel-Flores v. Mexico*. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 26, 2010 Series C No. 220.

¹⁴⁶ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Método. 2015. p. 245.

dando luz à uma filha que foi entregue a uma determinada família uruguaia. Alegou, ademais, a Comissão, que os atos foram realizados por agentes estatais uruguaio e argentinos no marco da “Operação Condor”, sem que se tenha conhecimento do paradeiro de María Claudia García, bem como as circunstâncias do seu desaparecimento.

Os pontos mais relevantes trazidos pela Comissão foram a “supressão da identidade e da nacionalidade de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, filha de María Claudia García e Marcelo Gelman, a denegação de justiça, a impunidade e, em geral, o sofrimento causado a Juan Gelman, à sua família, à María Macarena Gelman e aos familiares de María Claudia García, como consequência da falta de investigação dos fatos, julgamento e sanção dos responsáveis, em virtude da Lei nº 15.848 ou Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado (doravante denominada “Lei de Caducidade”), promulgada em 1986 pelo governo democrático do Uruguai.”¹⁴⁷

Porém, no que tange ao tema do Controle de Convencionalidade, a parte mais interessante da Sentença foi a seguinte:

193. Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer ex officio um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente. Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.¹⁴⁸

Percebe-se, neste sentido, que o Controle de Convencionalidade é estabelecido na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como de realização obrigatória, devendo os juízes do Poder Judiciário dos Estados Partes estarem submetidos à Convenção Americana de Direitos Humanos, realizando o Controle das normas do ordenamento jurídico interno em comparação com o referido tratado internacional.

O artigo 64 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos já estabelecia, que a Corte Interamericana, a requerimento de um Estado membro da Organização, “poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”. Esse dispositivo já prevê a realização do Controle de

¹⁴⁷ Corte Interamericana De Direitos Humanos. Caso Gelman Vs. Uruguai. Sentença De 24 De Fevereiro De 2011.

¹⁴⁸ Id. nº 193.

Convencionalidade pela própria Corte, que poderá verificar se as normas dispostas nos ordenamentos jurídicos de cada país, integrante da Ordem dos Estados Americanos, respeitam as premissas previstas nos tratados internacionais.

A Corte ainda vai mais além. Afirmando que nesta tarefa do Controle de Convencionalidade, os Magistrados devem considerar não apenas o tratado internacional de direitos humanos, mas também a “interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”.

Ora, percebe-se aqui a definição da obrigatoriedade de se utilizar, como paradigma de Controle de Convencionalidade, a Jurisprudência da Corte Interamericana, demonstrando, claramente, o papel fundamental da Corte para o instituto do Controle de Convencionalidade. Diante do julgamento, vislumbra-se que os Magistrados deverão aplicar as normas do direito interno em consonância com a interpretação da Corte Interamericana, a partir das decisões dos seus precedentes judiciais.

Tanto a aplicação do Controle de Convencionalidade no Ordenamento Jurídico brasileiro, como a realização do controle do direito interno com relação às normas previstas pelos tratados internacionais de direitos humanos, já é um fator que possibilita muitas divergências e dúvidas.

Fator que deve trazer mais desconfiança ainda aos juristas e doutrinadores em geral do Brasil é a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como um verdadeiro paradigma de Controle de Convencionalidade, estabelecendo, desta forma, o seu caráter vinculante como estabelecido na decisão do caso *Gelman vs. Uruguai*, bem como nas demais decisões colacionadas.

Porém, a partir de um estudo aprofundado acerca do Controle de Convencionalidade, bem como, da teoria dos precedentes judiciais, pode-se verificar que a referida aplicação é possível com a consequente promoção aos direitos humanos.

Aqui, em tese, devem ser aplicados os institutos do *distinguishing*, do *overruling*, do *overriding*, da *ratio decidendi* ou *holding*, bem como do *obiter dictum* para que seja possível se estabelecer um precedente judicial, para que, a partir desta etapa, seja realizado um controle de convencionalidade com fundamento na decisão do Corte Interamericana de Direitos.

É possível verificar os benefícios proporcionados pelas decisões da corte interamericana no que tange aos direitos humanos fundamentais, com a idealização da utilização do controle de convencionalidade de forma específica objetivando a adequação do ordenamento jurídico

interno com a consequente efetivação dos referidos direitos, sendo um importante mecanismo da Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁴⁹

3.3. O DUPLO PLANO DE REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Para parte da doutrina, o Controle de Convencionalidade das leis internas pode ser realizado no plano interno, bem como, no plano internacional. Como o nome já sugere, o controle de convencionalidade internacional é exercido pela Corte Interamericana de Direitos, enquanto o controle de convencionalidade interno é exercido, no direito brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal, bem como por qualquer Juízo ou Tribunal.

Neste sentido é Mônica Sousa e Denisson Chaves:

O controle de convencionalidade exercido pelos tribunais das cortes internacionais (jurisdição transnacional) é produto das próprias convenções e tratados de direitos humanos que dispõem sobre a criação, estrutura e funcionamento de suas respectivas cortes julgadoras, tal como ocorre com o Tribunal Europeu de Direitos do Homem (1959) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979).¹⁵⁰

Ressalte-se o caráter subsidiário, afirmado pela doutrina, da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange à realização do controle de convencionalidade.¹⁵¹ Este controle deverá ser manejado pelo Poder Judiciário do direito interno dos Estados, devendo a Corte Interamericana atuar em caso de omissão ou insuficiência da atuação daqueles.

Neste sentido é o entendimento de Valério Mazzuoli afirmando que “as cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder Judiciário de origem não tenha controlado essa mesma convencionalidade, ou a tenha realizado de maneira insuficiente”.¹⁵² Explicita ainda o autor em obra específica que o controle de convencionalidade internacional possui um caráter coadjuvante e complementar ao controle

¹⁴⁹ CARNOTA, Walter F. *Control de convencionalidade y activismo judicial*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 460.

¹⁵⁰ SOUSA, Mônica Teresa Costa. CHAVES, Denisson Gonçalves. *O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016. p. 96.

¹⁵¹ PIZZOLO, Calogero. *Control de convencionalidade y su recepción por la Corte Suprema de Justicia en Argentina*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 429.

¹⁵² MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Método: 2015. p. 247.

realizado pelo direito interno, baseando-se no segundo considerando da Convenção Americana.¹⁵³

Portanto, de acordo com o pensamento de Mazzuoli, caso o Poder Judiciário brasileiro seja omissivo ou controlar a convencionalidade de determinada norma de forma insuficiente, deve a Corte Interamericana de Direitos Humanos atuar no âmbito do controle de convencionalidade internacional. O referido autor ainda se utiliza das partes de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já transcritas neste capítulo para ratificar o entendimento de que apenas em situações de ausência da sua realização interna ou insuficiência na aplicação é que a Justiça internacional deverá atuar, sendo competente para exercer um controle em último grau, proferindo decisão em que o Estado possui o dever de cumprir.¹⁵⁴

Vislumbra-se, desta forma, que parte da doutrina prega o caráter subsidiário que possui a Corte Interamericana de Direitos na realização do controle de convencionalidade com relação ao ordenamento jurídico brasileiro.¹⁵⁵

Porém, afirma, ainda, Mazzuoli, que a Corte Interamericana, ao exercer a competência consultiva, não controla efetivamente a convencionalidade das leis, visto que os pareceres emitidos não possuem força vinculante perante os Estados-partes.¹⁵⁶ Esse entendimento se relaciona com o artigo 64, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos que dispõe que “A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”.

Na prática, o citado autor explicita que os pareceres consultivos emitidos pela última intérprete da Convenção Americana de Direitos Humanos “devem ser (para além também das sentenças) respeitados na órbita do direito interno, exatamente com o fim de auxiliar os juízes e tribunais nacionais a controlar a convencionalidade das leis em face dos tratados internacionais de direitos humanos”.¹⁵⁷ Vislumbra-se que no âmbito da competência consultiva da Corte no que tange à compatibilidade do ordenamento jurídico interno com os tratados

¹⁵³ MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 92 e 93.

¹⁵⁴ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Método. 2015. p. 99.

¹⁵⁵ Ibid. p. 241.

¹⁵⁶ MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 107.

¹⁵⁷ MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 105.

internacionais que versam sobre direitos humanos deve-se visualizar o mecanismo, nas palavras de Mazzuoli, como uma “aferição de convencionalidade”.¹⁵⁸

Todavia, explicita que a expressão “controle de convencionalidade” deve ser utilizada quando houver o exercício da compatibilidade do ordenamento jurídico interno com os tratados de direitos humanos no âmbito da função contenciosa da Corte. Neste sentido, explicita o autor que as sentenças e opiniões consultivas integram o denominado bloco de convencionalidade, servindo de paradigma e referencial de realização da compatibilização das normas domésticas com as do sistema interamericano de direitos humanos, vinculando, deste modo, o membro do Poder Judiciário ao proferir sua decisão.¹⁵⁹

Merece, por fim, destaque, o posicionamento do referido autor no sentido de que os juízes internos somente poderão interpretar com ampla autonomia a Convenção Americana quando não existir manifestação da Corte no que se refere a determinada questão sub judice perante o Judiciário brasileiro.¹⁶⁰

O professor da Universidad Libre de Colombia Ernesto Rey Cantor é ainda mais incisivo ao defender que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem competência para realizar o controle de convencionalidade sobre determinado direito interno com a finalidade de efetivar os direitos humanos, obrigando, inclusive internacionalmente o Estado a derogar ou modificar determinada norma que entenda incompatível com os tratados internacionais de direitos humanos. Explicita, ademais, que a Corte interamericana obtém competência para efetivar a chamada supremacia da Convenção por meio do mecanismo do Controle de Convencionalidade. Vale a transcrição do entendimento do autor:

La Corte Interamericana aplicando la Convención debe obligar internacionalmente al Estado a hacer cesar las consecuencias jurídicas de esas violaciones ordenando, a título de reparaciones, derogar o modificar la ley para lo cual tendrá que hacer previamente un exámen de confrontación (control) de la ley con la Convención, a fin de establecer la incompatibilidad y, consecuentemente, las violaciones, como fruto de interpretación de dicho tratado.¹⁶¹

¹⁵⁸ Ibid. p. 107.

¹⁵⁹ Ibid. p. 107 e 108.

¹⁶⁰ Ibid. p. 108.

¹⁶¹ A Corte Interamericana aplicando a Convenção deve forçar internacionalmente o Estado a pôr fim às consequências legais dessas violações ordenando, a título de reparações, revogar ou alterar a lei à qual ele deve primeiro fazer um exame de confronto (controle) da Lei com a Convenção, para estabelecer incompatibilidade e, consequentemente, a violação, como resultado da interpretação do tratado. (Tradução livre).

CANTOR, Ernesto Rey. *Control de convencionalidad da las leyes y derechos humanos*. México, D.F.: Porrúa, 2008. p. 244

Explicita, ainda, Cantor, em artigo específico, que a Corte interamericana em sentença de 05 de fevereiro de 2001 “ordenó al Estado chileno modificar a su ordenamento jurídico interno (reformular la Constitución y la legislación), a fin de hacerlo compatible con las obligaciones internacionales.”¹⁶²

Sidney Guerra, nesse sentido, traz que o controle de convencionalidade poderá ser realizado na sua modalidade nacional, bem como na internacional, sendo esta realizada pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, sendo um verdadeiro controle de convencionalidade concentrado, uma vez que, a sentença judicial, proferida a determinado caso concreto, possui efeitos que geram a modificação, reforma ou até a revogação das normas ou práticas internas com o objetivo de efetivação dos direitos humanos.¹⁶³

Neste sentido é o posicionamento de Humberto Nogueira Alcalá que afirma a competência da Corte Interamericana para, por meio de sentença judicial, ordenar ao Estado parte que modifique, suprima ou derogue normas de direito interno, bem como práticas de agentes estatais contrários aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.¹⁶⁴

Sobre o questionamento no sentido de haver a possibilidade de um Estado ser compelido a adequar seu direito interno aos preceitos internacionais estabelecidos pelo sistema interamericano, aplicando um verdadeiro controle de convencionalidade, se posiciona André Menezes:

Em verdade, o que pode parecer uma (*sic*) inaceitável absurdo aos olhos dos desavisados que, anacronicamente, ainda creem – ou convenientemente o fingem – no dogma da soberania absoluta, constitui verdadeiro costume internacional, de natureza de *jus cogens* já consolidado, inclusive, na jurisprudência e doutrina internacionais.¹⁶⁵

Com base no precedente da Corte Interamericana de Derechos Humanos do Caso Gomes Lund, Guerrilha do Araguaia, em que houve a declaração de que não foi exercido o controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal federal (que confirmou a validade da interpretação

¹⁶² [...] ordenou que o Estado chileno para modificar seu ordenamento jurídico interno (reforma e legislação Constitución), para torná-lo compatível com as obrigações internacionais. (Tradução livre).
Ibid. p. 244.

¹⁶³ GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 183.

¹⁶⁴ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013. p. 480.

¹⁶⁵ MENEZES, André Felipe Barbosa de. *Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2009. p. 187.

da Lei da Anistia), bem como, que o Estado brasileiro está obrigado a cumprir as obrigações voluntariamente contraídas, defende, Sidney Guerra, a referida competência da Corte Interamericana.¹⁶⁶

O caso “Gomes Lund” foi marcado pela execução de guerrilheiros militantes do Partido Comunista do Brasil, que se reuniram na região do rio Araguaia, em meados do ano de 1973 pelos órgãos de repressão do governo militar no Brasil. As operações militares foram realizadas clandestinamente, não tendo a sociedade nem a imprensa tomado conhecimento do massacre. Com a Lei da Anistia em vigor, os familiares dos guerrilheiros não encontraram seus parentes, sendo ainda ingressada uma Ação Civil Pública contra o Estado brasileiro para que fosse descoberto o paradeiro dos militantes, ação que não obteve êxito.

Sobre o caso Gomes Lund, explicita Valerio Mazzuoli:

[...] o que fez a Corte neste caso foi controlar a convencionalidade da Lei de Anistia brasileira em substituição ao Judiciário nacional, que deveria ter controlado a convencionalidade dessa lei em primeira mão (em face da Convenção Americana) e não o fez. Como já vimos [...], cabe em primeiro lugar ao Estado controlar a convencionalidade (interna) das leis devendo a Corte Interamericana tomar para si a competência de controle (internacional) em caso de inação do Estado ou de julgamento insuficiente, eis que a sua jurisdição é complementar e coadjuvante do Judiciário nacional em matéria de direitos humanos. Foi exatamente o que ocorreu no Caso Gomes Lund perante a Corte Interamericana, em que o tribunal internacional reconheceu não ter o Brasil controlado (como deveria) a convencionalidade da Lei de Anistia, tomando para si a competência (final) de controle.¹⁶⁷

Alega, ainda, o autor, que no momento em que o Supremo Tribunal Federal validou a Lei de Anistia Brasileira, dois votos foram os vencidos, sendo estes o do Ministro Ricardo Lewandowski (que trata do assunto em artigo específico)¹⁶⁸ e do Ministro Carlos Ayres Britto, Ministros estes que reconheceram a obrigação internacional do Estado brasileiro no que tange à proteção dos direitos humanos, bem como que “em matéria de direitos humanos a última palavra não é mais do Supremo Tribunal, mas da Corte Interamericana de Direitos Humanos”.¹⁶⁹ Neste sentido também estabelece Rafael Barreto.¹⁷⁰ Em que pese haja

¹⁶⁶ GUERRA, Sidney. Op. cit. p. 183 e 184.

¹⁶⁷ MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 185 e 186.

¹⁶⁸ LIMA, Beatriz Canhoto. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Influência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Âmbito do Direito Interno Brasileiro sob a Ótica da Teoria do Duplo Controle*. Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

¹⁶⁹ MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 186.

¹⁷⁰ BARRETO, Rafael. *Direitos humanos*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 317.

entendimento neste sentido, o fato é que o Supremo Tribunal Federal como um todo não decidiu desta forma.

Entende Mazzuoli que no Brasil, ao invés de ser aplicado o sistema *domestic affair*, que a tutela dos direitos compete apenas aos juízes nacionais, deve ser aplicado o sistema do *international concern*, que prega que se os juízes nacionais não tutelam um determinado direito, este será tutelado pelos juízes internacionais.¹⁷¹

A doutrina internacional afirma que o Brasil manteve-se inerte com relação à incompatibilidade das leis internas com relação à Convenção Americana de Direitos Humanos. É o que afirma Oswaldo Ruiz-Chiriboga, nos seguintes termos:

This decision was binding only on Peru, and not on Chile, Argentina, Uruguay, Brazil, and other states with similar laws. Should those states wait until the IACtHR declares their laws incompatible with the ACHR? The Chilean, Brazilian and Uruguayan answer was yes. Argentina answered no.

[...]

In 1979 the military government of Brazil enacted an amnesty law which precluded any criminal investigations into offenses carried out by the military regime. That law was also maintained by successive democratic governments, and it was applied by the judiciary in the case of *Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia)*, related to crimes committed against 70 persons (members of the Communist Party of Brazil and other civilians). Following its case-law, the IACtHR ruled against Brazil, declaring its amnesty law incompatible with the ACHR.¹⁷²

Invoca a doutrina, ademais, o artigo 27 da Convenção de Viena que dispõe que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”¹⁷³

Não se pode deixar de refletir sobre o citado posicionamento que objetiva, sem dúvida, promover a efetivação dos direitos humanos no Brasil. Todavia, faz-se necessária a discussão a respeito da autonomia do Poder Judiciário brasileiro.

¹⁷¹ Op. cit. 186.

¹⁷² Esta decisão vinculava apenas o Peru e não o Chile, a Argentina, o Uruguai, o Brasil e outros Estados com leis semelhantes. Esses estados devem esperar até que o IACtHR declare suas leis incompatíveis com a CADH? A resposta chilena, brasileira e uruguaia foi sim. A Argentina respondeu que não. [...]

Em 1979, o governo militar do Brasil promulgou uma lei de anistia que impedia qualquer investigação criminal sobre as ofensas cometidas pelo regime militar. Essa lei também foi mantida por sucessivos governos democráticos, e foi aplicada pelo judiciário no caso de *Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia)*, relacionada a crimes cometidos contra 70 pessoas (membros do Partido Comunista do Brasil e outros civis). Seguindo sua jurisprudência, a Corte IDH decidiu contra o Brasil, declarando sua lei de anistia incompatível com a CADH. RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo. *The Conventional Control: Examples of (un)successful Experiences in Latin America*. P. 212.

¹⁷³ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 15 de out. de 2016.

O Professor Dirley da Cunha Jr não concorda na atribuição, à Corte Interamericana, da competência de revisão e correção das decisões internas do Estado brasileiro.

Eu acho que esta situação (poder de revisão judicial da Corte Interamericana das decisões do Poder Judiciário brasileiro), ela não pode ser permitida, a não ser que se construa um sistema recursal, colocando o Supremo como instância revisada, *a quo*, e a Corte Interamericana como instância revisora, *ad quem*, o que depende, sem sobra de dúvida de uma Emenda Constitucional para aceitar isso.

Nenhuma corte internacional, nenhuma, tem o poder de rever e de corrigir, revisão e correção, das decisões das Supremas Cortes ou dos Tribunais Constitucionais dos países. Nem a Corte Européia, nem a Corte Americana, nem a Corte Africana, nenhuma. Nem o tribunal de Justiça Internacional. O que pode acontecer é tão somente uma decisão de efeitos pedagógicos negativos ou até condenatório do Estado, mas de correção da decisão judicial, não.

Como aconteceu no Caso da lei Maria da Penha, que o estado brasileiro foi condenado por ter sido omissivo, a permitir portanto violência contra a mulher e ele foi condenado a pagar uma indenização à Maria da Penha. Mas falar em condenar o Estado brasileiro a rever a decisão e submeter a decisão do Supremo a um poder de correção, isso é praticamente inadmissível, a não ser que a própria Constituição crie essa possibilidade.¹⁷⁴

Como tratado alhures, o artigo 64 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos estabelece que a Corte Interamericana, a requerimento de um Estado membro da Organização, “poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”. A norma extraída do presente texto prevê a realização do mecanismo pela Corte, realizando a verificação da compatibilidade dos ordenamentos internos dos Estados Partes com relação aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Neste sentido, percebe-se que em declaração formulada no ato de adesão à convenção, no ano de 1998, que o Governo da República Federativa do Brasil declarou que reconhece, por tempo indeterminado, de forma obrigatória e de pleno direito a Competência da Corte Interamericana, na totalidade dos casos relacionados com a aplicação e interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁷⁵ Vale a transcrição:

4. Brasil

(Declaração formulada no ato da adesão à Convenção)

O Governo do Brasil entende que os artigos 43 e 48, d, não incluem o direito automático de visitas e investigações in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que dependerão da anuência expressa do Estado.

Reconhecimento da competência da Corte

¹⁷⁴ DA CUNHA JR., Dirley. Entrevista concedida a Matheus Lins Rocha na data de 31 de agosto de 2016.

¹⁷⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm> Acesso em: 18 de out. de 2016.

O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração.

(Data: 10 de dezembro de 1998)

Todavia, percebe-se que a Convenção Americana não trata do tema de forma tão incisiva quanto a doutrina que prega o poder de reforma e revisão das decisões do Poder Judiciário brasileiro pela Corte Interamericana. A Corte poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade das leis internas, tendo como parâmetro a os Tratados de Direitos Humanos, a requerimento do Estado. O fato é que grande parte da doutrina defende a competência da Corte para atuar quando o Poder Judiciário brasileiro for omissivo, enquanto outra parte explicita que “a Corte Interamericana tem competência para declarar, em matéria de direitos humanos, o direito aplicável no âmbito dos estados membros da Organização dos Estados Americanos que a aceitaram, como é o caso do Brasil o fez em dezembro de 1998”.¹⁷⁶

Necessária é a citação da jurisprudência da Corte, de forma específica, no caso *Gomes Lund vs. Brasil*:

177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos sus (*sic*) poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.¹⁷⁷

¹⁷⁶ PINTO, Marcos José. *O Caso Gomes Lund e outros versus Estado Brasileiro ("A Guerrilha do Araguaia")*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-caso-gomes-lund-e-outros-versus-estado-brasileiro-a-guerrilha-do-araguaia,45992.html>>. Acesso em: 18 de out. de 2016.

¹⁷⁷ I/A Court H.R., *Case of Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brazil*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 24, 2010. Series C No. 219. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>>. Acesso em: 18 de out. de 2016.

Vislumbra-se, deste modo, que a Corte Interamericana, a partir deste julgado, declara que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais brasileiras, bem como que o sistema jurídico brasileiro não considerou as obrigações internacionais do Estado derivadas da Convenção Americana de Direitos Humanos. Neste sentido Marinoni evidencia que a Corte Interamericana pode declarar a inconvenção de determinada lei de direito interno dos Estados Partes, alegando, todavia, que ainda há um grande descumprimento das referidas decisões.¹⁷⁸

De maneira diversa às teorias opostas, Marcelo Neves analisa a situação como uma experiência relevante de transconstitucionalismo entre a ordem internacional e a interna de cada Estado na relação entre o Sistema Interamericano instituído pela Convenção Americana e os ordenamentos constitucionais dos Estados partes. Prefere, o autor, estabelecer a relação entre a Corte Interamericana e as Cortes Estatais como um diálogo de aprendizado recíproco com relação aos direitos humanos.¹⁷⁹

Sobre o tema, conclui o autor que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as ordens jurídicas utilizadas para a solução de um problema-caso constitucional, devem buscar determinadas formas transversais de articulação com o objetivo de solucionar o problema, com a observação de uma ordem para com a outra, para que seja possível compreender os próprios limites e possibilidades de contribuir para solucionar o referido caso.¹⁸⁰

Deve-se refletir, entretanto, acerca da discussão doutrinária entre os que afirmam a competência da corte para adentrar na jurisdição brasileira e os que rejeitam esta hipótese. Mesmo que a Corte Interamericana não tenha a competência para revisar e corrigir as decisões das decisões das Supremas Cortes ou dos Tribunais Constitucionais dos Estados e mesmo que não possa obrigar os Tribunais de direito interno a revisar as suas decisões, será que a referida corte internacional não poderá alcançar o mesmo resultado, de forma indireta, por meio da responsabilização Estatal com determinados mecanismos específicos? Não é impossível que o ordenamento jurídico brasileiro perceba o dano que uma responsabilização internacional pode

¹⁷⁸ MARINONI, Luis Guilherme. *Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 74.

¹⁷⁹ NEVES, Marcelo. *Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*. Revista de Informação Legislativa. Ano 51, Número 201 jan./mar. 2014. p. 194.

¹⁸⁰ Ibid. p. 211.

causar ao erário público, forçando, deste modo, que os nossos tribunais revejam as suas decisões em matéria de direitos humanos.

3.4. O CARÁTER VINCULANTE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos é também pacífica no sentido de que as interpretações realizadas devem ser observadas e respeitadas pelos Estados Partes da Convenção. Neste sentido, a jurisprudência em si deverá ser estudada pelo Poder judiciário brasileiro a fim de que haja a aplicabilidade do mecanismo do controle de convencionalidade no sentido do entendimento da própria Corte.

Mais uma vez devemos recorrer ao caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* que demonstra este entendimento da Corte no sentido de que “[...] Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo”¹⁸¹.

Este é o posicionamento do Professor Valério Mazzuoli, afirmando que “[...] fica claro também que o controle de convencionalidade exercido pelos juízes e tribunais nacionais deverá pautar-se pelos padrões estabelecidos pela “intérprete última” da Convenção (ou seja, a Corte Interamericana).”¹⁸² Neste sentido é o entendimento de Dirley da Cunha Júnior:

Eu acredito que tem caráter vinculante. Não tem poder correicional de mudar uma decisão do Judiciário, mas uma decisão que tenha reflexo no Brasil, tem que ser observada, tem caráter vinculante. Artigo 7º do ADCT. O Brasil propugnará pela criação de um tribunal de direitos humanos, ao qual se vinculará. Então o Brasil passou a aceitar a jurisdição e o caráter contencioso das decisões do Tribunal Internacional, no caso a Corte Interamericana.¹⁸³

Importante o destaque que o *Institut de Droit International*, em sessão específica da cidade de Milão, em 1993 estabelece que os Juízes internos devem aplicar as normas de direito internacional segundo os métodos propostos pelos Tribunais Internacionais:

¹⁸¹ I/A Court H.R., Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>> Acesso em 19 de out. de 2016.

¹⁸² MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Método. 2015. p. 243.

¹⁸³ DA CUNHA JR., Dirley. Entrevista concedida a Matheus Lins Rocha na data de 31 de agosto de 2016.

Article premier 1. Les juridictions nationales devraient être habilitées par leur ordre juridique interne à interpréter et appliquer le droit international en toute indépendance. 2. Lorsqu'elles déterminent l'existence ou le contenu du droit international, soit à titre principal, soit à titre préalable ou incident, les juridictions nationales devraient disposer de la même liberté d'interprétation et d'application que pour d'autres règles juridiques, en s'inspirant des méthodes suivies par les tribunaux internationaux. 3. Rien ne devrait s'opposer à ce que les juridictions nationales sollicitent l'avis du pouvoir exécutif à condition que cette consultation soit dépourvue d'effets contraignants.¹⁸⁴

Deste modo, percebe-se que ao aplicar o controle de convencionalidade, ato que é obrigatório no ordenamento jurídico dos Estados Partes da Convenção Americana, devem os Estados verificar as peculiaridades das interpretações realizadas pela Corte Interamericana pela sua jurisprudência.

Neste sentido, as interpretações realizadas servirão como excelente guia para a aplicabilidade do pouco utilizado e conhecido mecanismo de controle de convencionalidade. Deste modo, além da força normativa e vinculante dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelos Estados Partes, estes, obrigatoriamente deverão se atentar para a força vinculante dos precedentes judiciais proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (International Judicial Law Making)¹⁸⁵ com a finalidade, logicamente, de promoção aos direitos humanos. É neste sentido, a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se pode verificar se há uma aplicação obrigatória do controle de convencionalidade.

3.5. AS MODALIDADES DE APLICAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E O CARÁTER OBRIGATÓRIO DA SUA REALIZAÇÃO.

Existem duas modalidades de aplicação do mecanismo do Controle de Convencionalidade. Assim como ocorre na aplicação do controle de constitucionalidade, a ferramenta internacional deve ser aplicada nas modalidades concentrada e difusa.

¹⁸⁴ Artigo 1. Os tribunais nacionais devem ser habilitados pela sua ordem jurídica interna para interpretar e aplicar o direito internacional, com total independência. 2. Ao determinar a existência ou o conteúdo do direito internacional ou principalmente, quer título antes ou incidente, os tribunais nacionais devem ter a mesma liberdade de interpretação e aplicação como para outras regras legais, com base nos métodos utilizados por tribunais internacionais. 3. Nada deve se opor a que os tribunais nacionais solicitem o parecer do Poder Executivo, desde que esta consulta seja desprovida de efeitos vinculativos. (Tradução livre).

L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat. L'Institut de Droit international, Session de Milan – 1993 Disponível em: <http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1993_mil_01_fr.PDF> Acesso em: 19 de out. de 2016.

¹⁸⁵ CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade: “International Judicial Law Making” e o Diálogo Entre Cortes. Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 304.

O Controle de Convencionalidade concentrado deve ser realizado pela Suprema Corte de cada Estado Parte da Convenção, a partir da análise de petições iniciais das ações que figuram como instrumentos utilizados no Controle de Constitucionalidade. Neste sentido, poderão ser propostas as ações de natureza do controle de constitucionalidade tendo como parâmetro as disposições dos tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Já o Controle de Convencionalidade difuso deve ser exercido pelo Poder Judiciário, por meio de qualquer Juízo singular ou Tribunal. Da mesma forma que ocorre na modalidade difusa do controle de constitucionalidade, deve o Juiz singular ou determinado Tribunal declarar a inconvenção de determinada lei ou ato no bojo de determinado processo, surtindo efeitos, logicamente, inter partes. Isso é o que afirma a Corte Interamericana em sua Jurisprudência, sendo, mais ainda reforçado este entendimento no caso *Gelman vs. Uruguay*, como evidenciado alhures. Neste sentido estabelece Ariel Dulitzky: “In sum, the conventionality control requires that all State authorities, but particularly judges, apply the Convention as interpreted by the Court in all their interventions.”¹⁸⁶

Cada Estado Parte da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos deve, obrigatoriamente, adequar o seu ordenamento jurídico, com a finalidade de realizar a aplicação do mecanismo do Controle de Convencionalidade para que sejam efetivados os Direitos Humanos a partir da adequação das normas e atos estatais com o que dispõe os Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos. Neste sentido, devem os Estados criar ferramentas eficientes que possibilitem a aplicação do mecanismo, utilizando-se do controle na modalidade difusa, bem como na concentrada.

Saliente-se o caráter obrigatório que se relaciona com os Poderes Judiciários dos Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que a jurisprudência da Corte Interamericana é pacífica neste sentido. O Estado brasileiro tem sido ordenado, desde 2006, pela Corte Interamericana, se comprometendo a respeitar e cumprir, de forma fiel, as decisões proferidas, desde o ano de 1998¹⁸⁷, por força do Decreto Legislativo 89. Já no âmbito geral dos países que são Partes da Convenção Americana, vislumbra-se que esta obrigatoriedade é proveniente do próprio diploma internacional, desde o período da sua entrada

¹⁸⁶ Em suma, o controle de convencionalidade exige que todas as autoridades do Estado, mas particularmente os juízes, apliquem a Convenção conforme interpretada pelo Tribunal em todas as suas intervenções. (Tradução livre).

DULITZKY, Ariel E. *An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*. Texas International Law Journal. Volume 50, Issue 1. p. 52.

¹⁸⁷ Conforme tabela em anexo. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm> Acesso em 18 de out. de 2016.

em vigor, ou seja, 18 de julho de 1978, nos termos do artigo 74.2 da Convenção. Desta forma, desde a época, tem a Corte Interamericana controlado a convencionalidade das normas, mesmo com o fato de inexistir a expressão que oferece a nomenclatura ao mecanismo.¹⁸⁸

Porém, no ano de 2006, a partir do já citado *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu, pela primeira vez, seu entendimento no sentido de que os Estados Partes possuem a obrigação de realizar o controle de convencionalidade das leis dos respectivos ordenamentos jurídicos tendo como parâmetro a Convenção Americana de Direitos Humanos. No referido Caso, como já transcrito, a Corte define que:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁸⁹

A partir deste julgado já percebemos que a declaração da Corte é no sentido de que todos os Estados Partes possuem os respectivos Poderes Judiciários submetidos à Convenção Americana, devendo controlar o ordenamento jurídico interno no sentido de compatibilizá-lo com o referido Diploma Americano.

O já também citado *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru* reforça este entendimento:

128. When a State has ratified an international treaty such as the American Convention, the judges are also subject to it; this obliges them to ensure that the effect of the Convention is not reduced or annulled by the application of laws contrary to its provisions, object and purpose. In other words, the organs of the Judiciary should exercise not only a control of constitutionality, but also of “conventionality” ex officio between domestic norms and the American Convention;¹⁹⁰

¹⁸⁸ MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 94.

¹⁸⁹ I/A Court H.R., Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154. <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>>

¹⁹⁰ Quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, os juízes também estão sujeitos a ele; Isto obriga-os a assegurar que o efeito útil da Convenção não seja reduzido ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objecto e finalidade. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário deveriam exercer não apenas o controle da constitucionalidade, mas também da "convencionalidade" ex officio entre as normas internas ea Convenção Americana. (Tradução livre).

Faz-se necessária também a alusão às decisões dos já transcritos Casos de *Cabrera-García and Montiel-Flores Vs. Mexico*; *Gelman vs. Uruguay* e *Gomes Lund et al. vs. Brazil*, que ratificam a obrigatoriedade da aplicação do Controle de Convencionalidade pelo Judiciário brasileiro como um todo, ou seja, por seus Juízes e Tribunais em geral. O aludido caso que tem o México como parte ampla, de forma explícita, a obrigatoriedade da aplicação do Controle de Convencionalidade pelo Poder Judiciário dos Estados Partes em todos os seus níveis.

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.¹⁹¹

No âmbito dos Casos *La Cantuta Vs. Peru*¹⁹², *Boyce Vs. Barbados*¹⁹³ e *Fermin Ramírez y Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*¹⁹⁴, *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*¹⁹⁵, *Manuel Cepeda Vs. Colômbia*¹⁹⁶ a Corte Ratifica seu entendimento, referenciando a decisão do Caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Vislumbra-se, portanto, o entendimento pacífico da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de que os Estados-Partes devem, obrigatoriamente, aplicar o mecanismo do Controle de Convencionalidade com o objetivo de efetivar os direitos humanos fundamentais.

I/A Court H.R., Case of the Dismissed Congressional Employees (Aguado - Alfaro et al.) v. Peru. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 24, 2006. Series C No. 158. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>>. Acesso em 19 de out. de 2016.

¹⁹¹ Juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis são obrigados a exercer ex officio "controle de convencionalidade" entre as normas nacionais e da Convenção Americana claramente dentro dos respectivos poderes e regulamentos processuais correspondentes. (Tradução livre).

Parágrafo 225, I/A Court H.R., Case of *Cabrera García and Montiel-Flores v. Mexico*. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 26, 2010 Series C No. 220. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em 19 de out. de 2016.

¹⁹² I/A Court H.R., Case of *La Cantuta v. Peru*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 29, 2006. Series C No. 162.

¹⁹³ I/A Court H.R., Case of *Boyce et al. v. Barbados*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 20, 2007. Series C No. 169. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em 19 de out. de 2016.

¹⁹⁴ I/A Court H.R., Case of *Fermin Ramírez v. Guatemala*. Monitoring Compliance with Judgment. Order of the Inter-American Court of Human Rights of May 09, 2008. <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/Fermin_09_05_08.pdf>. Acesso em 19 de out. de 2016.

¹⁹⁵ I/A Court H.R., Case of *Heliodoro-Portugal v. Panama*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of August 12, 2008. Series C No. 186. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf> Acesso em 19 de out. de 2016.

¹⁹⁶ I/A Court H.R., Case of *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 26, 2010. Series C No. 213. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf> Acesso em: Acesso em 19 de out. de 2016.

Ademais, Mazzuoli entende que o Poder Judiciário dos Estados Partes da Convenção devem, obrigatoriamente, aplicar, de ofício, o controle de convencionalidade na sua modalidade difusa. Explicita o autor que se determinado estado se recusar a aplicar o mecanismo *ex officio*, já estaria constituído motivo suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do Estado por ter violado os Direitos Humanos. Conclui, ademais, que mesmo nos países que reservam a execução do controle de constitucionalidade apenas pelas Supremas Cortes respectivas deverá haver a realização do controle de convencionalidade na via difusa pelos Juízes singulares os Tribunais.¹⁹⁷ Vislumbra-se este entendimento nos julgados da Corte Interamericana, já mencionados e analisados, como, por exemplo, no caso *Case of Cabrera García and Montiel-Flores v. Mexico*.

¹⁹⁷ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Método. 2015. p. 244 e 245.

4. A PARAMETRICIDADE DA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Neste capítulo será possível investigar a parametricidade do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, verificando-se como é possível a sua aplicação de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Será possível, ademais, confrontar as quatro teorias que estabelecem a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, o que influencia, diretamente, na parametricidade do mecanismo.

Posteriormente, será realizado o estudo da parametricidade do controle de convencionalidade na República da Argentina, para que seja possível realizar um estudo comparado, com a finalidade de investigar qual é a parametricidade do controle de convencionalidade mais adequada para a efetivação e proteção dos direitos humanos. Por fim, serão realizados breves comentários acerca da parametricidade do controle em estudo em outros ordenamentos jurídicos da América Latina.

4.1. A PARAMETRICIDADE ADOTADA NA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A partir das discussões realizadas no que se refere ao Controle de Convencionalidade, é possível verificar a parametricidade da sua aplicação no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Saliente-se que, como foi discutido no capítulo anterior, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já estabeleceu, em sua jurisprudência, o caráter vinculante de suas decisões, bem como a obrigatoriedade da aplicação do mecanismo pelo Poder Judiciário dos Estados Partes, signatários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por meio de seus Tribunais e Juízos singulares.

É evidente o fato de que o mecanismo ainda não possui aplicabilidade efetiva no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁹⁸ De modo completamente diverso, determinados países da América Latina já utilizam o mecanismo com frequência, exercendo o controle de leis e atos que contrariem o chamado bloco de convencionalidade. Posiciona-se a doutrina acerca da não aplicabilidade do mecanismo ao ordenamento brasileiro:

A adesão tardia do Brasil ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é um sintoma da resistência do País no que diz respeito ao tema do controle de convencionalidade das leis. Tal relutância tem causas cognitivas e fisiológicas,

¹⁹⁸ APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 210.

próprias da realidade brasileira, destacando-se a postura conservadorista e fechada dos juízes e tribunais brasileiros, que seguem a linha de pensamento do STF. Assim, destaca-se como óbice ao controle de convencionalidade a adoção da mentalidade de primazia do direito interno sobre o direito internacional, sustentada, até há pouco tempo, pelo Supremo Tribunal Federal e reproduzida pelos juízes e tribunais pátrios, somando-se à autointerpretação narcisista da magistratura brasileira.¹⁹⁹

O Brasil é membro da Organização dos Estados Americanos, sendo parte de quase todos os instrumentos do sistema interamericano de direitos humanos. Aderiu, ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos no ano de 1992, tendo aceitado a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana no ano de 1998. Neste sentido, “O Estado brasileiro, assim, assumiu obrigações convencionais no âmbito do sistema interamericano, consistentes em respeitar os direitos e liberdades estatuídos na Convenção Americana e garantir o seu livre e pleno exercício.”²⁰⁰

Para a verificação da parametricidade do Controle de Convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária a rediscussão da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio investigando as características das quatro teorias que estudam e estabelecem suas respectivas conclusões sobre o tema. Para que se analise a referida questão, faz-se necessário evidenciar, primeiramente, o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos previsto pelo artigo 4º, inciso II da nossa Carta Magna.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II - prevalência dos direitos humanos;

A primeira teoria que define o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil já foi completamente superada, sendo o posicionamento antigo do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos obtinham a força de Lei. Verifica-se este fator a partir dos julgamentos do Tribunal que entendia que

¹⁹⁹ SOUSA, Mônica Teresa Costa. CHAVES, Denisson Gonçalves. *O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016. p. 105.

²⁰⁰ MENEZES. André Felipe Barbosa de. *Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2009. p. 127.

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa²⁰¹

Esta teoria, que não possui mais relevância dentre os juristas brasileiros, poderia impedir, em determinadas situações, que fosse realizado o controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais. Isso porque, estando as Leis e os Tratados Internacionais em um mesmo patamar, qualquer Lei aprovada poderia revogar qualquer disposição normativa dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Diversos doutrinadores já se posicionavam acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos, afirmando que o status hierárquico que deveria ser atribuído aos referidos tratados seria o de Constitucional, por força do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Neste sentido, é o entendimento de Valério Mazzuoli, Flávia Piovesan, bem como o do Ministro Celso de Melo que evidenciou a completa modificação de seu antigo posicionamento do ano de 1997 no seu voto, no ano de 2008:

Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico.²⁰²

Dirley da Cunha Jr. se posiciona a favor do entendimento do Ministro Celso de Melo, visualizando a teoria do caráter constitucional dos tratados internacionais como ideal.

[...] o Celso de Melo, ele tem essa posição, que eu acho que é a melhor posição de equilíbrio em relação ao direito brasileiro e ele faz certas incursões do direito

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1480 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 04/09/1997. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. [...] PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes [...].

²⁰² DE MELLO, Celso. HC 87.585/TO, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. fls. 341.

internacional, falando de controle de convencionalidade, falando da possibilidade de o tratado servir de parâmetro para um controle de constitucionalidade da lei. [...] ²⁰³

O professor Celso de Albuquerque Mello ainda propõe que seja atribuído aos referidos tratados internacionais, na terceira teoria aqui investigada, o status supraconstitucional, ensejando uma espécie de submissão das normas constitucionais à normativas internacionais no que se refere a direitos humanos.

Como já discutido alhures, o Supremo Tribunal Federal, com o voto encabeçado pelo Ministro Gilmar Mendes, decidiu atribuir aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos incorporados pelo ordenamento interno que não se submeteram ao procedimento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal o status de norma supralegal e infraconstitucional. Neste sentido, para que determinado tratado internacional de direitos humanos obtenha status constitucional, é necessário que este se submeta ao procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, que prevê o mesmo quórum qualificado estabelecido para a aprovação das Emendas Constitucionais, entendimento que reduz significativamente os tratados internacionais com status constitucional, havendo apenas o Tratado internacional de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência como detentor do referido status supremo.

Percebe-se, ao verificar as teorias propostas ao ordenamento interno, que a que atribui o status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, independentemente da aprovação pelo procedimento previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal é a que mais se aproxima da efetiva aplicação do Controle de Convencionalidade e promoção dos direitos humanos. Parte da doutrina brasileira entende o referido § 3º como um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Estado brasileiro.²⁰⁴ O fato é que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, de maneira diversa, atribuindo a estes o status de supralegal e infraconstitucional. Neste sentido é o voto do Ministro Gilmar Mendes em sede do Recurso Extraordinário 466.343-SP:

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.²⁰⁵

²⁰³ DA CUNHA JR., Dirley. Entrevista concedida a Matheus Lins Rocha na data de 31 de agosto de 2016.

²⁰⁴ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º do art. 5º da constituição federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. p. 129.

²⁰⁵ MENDES, Gilmar. Voto Vogal do Acórdão do Recurso Extraordinário 466.343-SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016. p. 10 e 11.

O referido Ministro ainda salienta, neste sentido, com relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos “que o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.”²⁰⁶

De qualquer forma, com a aprovação da Convenção de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência nos termos do § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, já se visualiza a possibilidade da aplicação do referido controle no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido é o posicionamento de Dirley da Cunha Jr. que, assim como Waldir Alves,²⁰⁷ entende ser necessário um fundamento formal para a aplicação do mecanismo:

Hoje, no Brasil, nós já temos a convenção de Nova York dos direitos da pessoa com deficiência, que foi aprovada pelo Congresso nos termos de Emenda e foi promulgada por decreto presidencial em 2009. Então, hoje é possível que uma Lei seja submetida a um controle de convencionalidade, utilizando-se como parâmetro a convenção de Nova York, ou seja, já é algo palpável.²⁰⁸

Neste sentido, utilizando a teoria proposta pelo Supremo Tribunal Federal, já é possível a aplicação do mecanismo do Controle de Convencionalidade no ordenamento Jurídico brasileiro, embora com uma aplicabilidade substancialmente reduzida. A partir da Convenção de Nova York sobre os direitos da pessoa com deficiência, que foi aprovada pelo Congresso Nacional nos moldes do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, passou-se a vislumbrar um tratado internacional equivalente à Emenda Constitucional e que, possui, a partir disso, o caráter da Supremacia da Constituição, estando, deste modo, no topo do ordenamento jurídico interno. Explicita Valério Mazzuoli:

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com equivalência de emenda, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional.²⁰⁹

²⁰⁶ MENDES, Gilmar. Voto Vogal do Acórdão do Recurso Extraordinário 466.343-SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016. p 60.

²⁰⁷ ALVES, Waldir. *Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 336.

²⁰⁸ DA CUNHA JR., Dirley. Entrevista concedida a Matheus Lins Rocha na data de 31 de agosto de 2016.

²⁰⁹ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Método. 2015. p. 248.

Saliente-se que o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, celebrado na data de 28 de junho de 2013, foi aprovado no mesmo procedimento, por meio do Decreto Legislativo nº 261, de 2015, dependendo, apenas, do Decreto Presidencial que o promulgue, para ingressar no ordenamento jurídico pátrio e ampliar a parametricidade do controle de convencionalidade.

Perceba-se, ademais, que se a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal acompanhasse o voto do Ministro Celso de Mello, o número de normas que poderiam figurar como parâmetro para a realização do supracitado mecanismo no Brasil seria bem maior. Neste caso, poderia-se aplicar o controle de convencionalidade utilizando-se, como parâmetro, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, bem como todos os demais tratados internacionais de direitos humanos incorporados no Brasil. Com certeza, o arcabouço normativo com relação aos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro seria muito mais amplo.

Desta forma, cumpre demonstrar como deve ser utilizado o controle de convencionalidade no direito brasileiro, a partir da parametricidade definida pelo Supremo Tribunal Federal, para que seja possível a efetivação dos direitos humanos no plano fático. O mecanismo do controle de convencionalidade, como visto alhures, pode ser exercido pelas modalidades concentrada e difusa.

Pela modalidade concentrada, segundo Mazzuoli, o Supremo Tribunal Federal poderá e deverá decidir se determinada Lei ou ato é compatível com os tratados internacionais de direitos humanos que possuem força equivalente às emendas constitucionais. A Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, bem como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental devem ser utilizadas como instrumento de verificação da convencionalidade das normas do ordenamento jurídico brasileiro, tendo como parâmetro a Convenção de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência, bem como o seu protocolo facultativo.

Salienta Mazzuoli:

Nesse sentido, o que defendemos é ser plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria a norma infraconstitucional por inconvenção), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo a ADPF (que possibilitaria exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais fundadas apenas no texto constitucional, senão também nos

tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5.º, §3.º, da Constituição e em vigor no país.²¹⁰

Explicita, ademais, o Autor, com base na teoria que defende o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, independentemente da forma de sua incorporação, que as citadas ações constitucionais de controle assumiriam o papel de Ação Direta de Inconvencionalidade, Ação Declaratória de Convencionalidade e Ação Direta de Inconvencionalidade por Omissão, sendo utilizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental “para proteger “preceito fundamental” de um tratado de direitos humanos violado por normas infraconstitucionais, inclusive leis municipais e normas anteriores à data em que o dito tratado foi aprovado [...]”.²¹¹

Defende, ainda, Mazzuoli a possibilidade do cabimento do Remédio Constitucional do Mandado de Injunção para preencher omissões normativas que, eventualmente, impossibilitarem o exercício de determinado direito previsto em algum tratado de direitos humanos internalizado com o *quorum* qualificado previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal.²¹²

Neste sentido, nada impediria a aplicação do controle difuso de convencionalidade por utilização da ferramenta do Recurso Extraordinário, nos termos do artigo 102, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal que afirma que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, por meio de recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, no momento em que a decisão recorrida contrariar dispositivo da própria Constituição.²¹³ Deste modo, considerando os tratados internacionais de direitos humanos como componentes da constituição, pode-se afirmar que é possível estabelecer a relação entre estes e o Recurso Extraordinário, sendo uma forma de efetivação do controle de convencionalidade na modalidade difusa.²¹⁴

Marinoni defende, ademais, a utilização do referido recurso quando houver alegação de violação de norma com status supralegal e infraconstitucional. Fundamenta-se o autor pelo fato de que em que pese as referidas normas não se equiparem a normas constitucionais, quando há violação de Lei Federal há a possibilidade de interposição de Recurso Especial. Lembra, ainda, o autor que o Supremo já admitiu e julgou Recurso Extraordinário em que houve a alegação de

²¹⁰ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Método. 2015. p. 248.

²¹¹ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Método. 2015. p. 248.

²¹² Ibid. p. 249 e 250.

²¹³ Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 102, inciso III, alínea “a”.

²¹⁴ MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 163.

violação de direito tido como supralegal e infraconstitucional com relação à prisão civil do depositário infiel, no Recurso Extraordinário de nº 466.343.²¹⁵

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal irá continuar cumprindo o seu papel de “guardião da constituição”, atuando para efetivar os direitos humanos fundamentais decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos que possuem força equivalente às emendas constitucionais, compondo, para todos os fins, a ordem normativa constitucional.

Já o controle difuso de convencionalidade deve ser exercido por todos os juízes e tribunais do Poder Judiciário brasileiro a requerimento das partes ou de ofício, como já discutido alhures. Deste modo, assim como ocorre com o controle de constitucionalidade difuso, os juízes e tribunais deverão decidir, com eficácia *inter partes*, sobre a compatibilidade de determinada Lei ou ato normativo com os tratados internacionais de direitos humanos em um caso concreto.

Saliente-se que os Juízes e Tribunais deverão se submeter, de acordo com o entendimento da Corte Interamericana, à interpretação última da Convenção Americana de Direitos Humanos, no que se refere à sua jurisprudência, se esta for considerada como parâmetro de determinado controle. Neste sentido Mazzuoli alega que “Apenas quando não existir manifestação da Corte Interamericana sobre determinada questão sub judice perante o judiciário nacional, é que os juízes internos poderão interpretar com maior autonomia a Convenção Americana”.²¹⁶ Este fator evidencia o já discutido caráter vinculante da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sustenta, parte da doutrina, em posicionamento divergente com o entendimento predominante do Supremo Tribunal Federal, que o controle de convencionalidade concentrado somente pode ser realizado tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos incorporados conforme a norma do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, sendo possível ainda a realização do controle difuso nesta situação. Todavia, explicitam que os tratados que não foram recepcionados de acordo com o disposto no referido parágrafo somente poderiam ser parâmetro para o controle difuso de convencionalidade. Neste sentido é o entendimento de Mazzuoli:

²¹⁵ MARINONI, Luis Guilherme. *Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 67.

²¹⁶ MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 108.

O exercício de compatibilização das leis domésticas para com os tratados de direitos humanos em vigor no país pode realizar-se tanto pela via incidente (controle difuso de convencionalidade) quanto pela via da ação direta (controle concentrado de convencionalidade). A primeira modalidade realiza-se relativamente aos tratados de status (art. 5.º, § 2.º) ou equivalência (art. 5.º, § 3.º) constitucional, indistintamente; e a segunda recai apenas sobre os tratados equivalentes às emendas constitucionais (art. 5.º, §3.º).²¹⁷

Dirley da Cunha Júnior já entende que para que se exerça o controle de convencionalidade difuso também é necessário que se tenha um fundamento formal. Neste sentido, o controle de convencionalidade somente poderia ter como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos que possuam um carácter formalmente constitucional. Um exemplo que torna o mecanismo já palpável²¹⁸ no ordenamento jurídico brasileiro é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, na data de 30 de março de 2007, sendo promulgado pelo decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

José Afonso da Silva explicita que anteriormente ao ano de 2004 entendia-se que a incorporação das normas internacionais de direitos humanos ao ordenamento constitucional interno era automático. Todavia, o autor salienta que a questão precisa ser repensada em face do § 3º que a Emenda Constitucional 45/2004 inseriu no artigo 5º da Constituição Federal. Neste sentido, para o constitucionalista clássico, as normas internacionais de direitos humanos somente serão recepcionadas como de direito constitucional no ordenamento jurídico brasileiro formal se o decreto legislativo respectivo for aprovado nos ditames do processo da formação de Emendas Constitucionais previsto no artigo 60 da Constituição. Adquirem as normas constitucionais, desta forma, o carácter da supremacia da Constituição.²¹⁹

Todavia, de forma diferente do que pensa Valério Mazzuoli, que somente as normas de direito internacional que foram incorporadas pelo *quorum* qualificado que poderão ser parâmetro de “controle de constitucionalidade” concentrado no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, as normas que não forem recepcionadas pelo referido *quorum* obteriam, para o autor, status de lei ordinária, devendo, eventual conflito ser resolvido por critério de especialidade.

Ademais, parte da doutrina entende os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento do artigo 5º, § 3º da Constituição ampliam o bloco de

²¹⁷ Ibid. p. 154.

²¹⁸ DA CUNHA JR., Dirley. Entrevista concedida a Matheus Lins Rocha na data de 31 de agosto de 2016.

²¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2006. p. 183.

constitucionalidade brasileiro, havendo a possibilidade de realização do controle de constitucionalidade, tendo como parâmetro os referidos tratados. É possível verificar que este é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet²²⁰, Luís Roberto Barroso²²¹ e Flávia Piovesan²²².

É possível verificar outros posicionamentos, divergentes dos já citados, procurando sistematizar e demonstrar de qual modo o controle de convencionalidade deve ser aplicado e realizado no direito brasileiro.

Marcelo Figueiredo entende que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil submetidos e aprovados pelo procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição ampliam o bloco de constitucionalidade, salientando que o controle de convencionalidade não se limita a assegurar a primazia da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas, também, todos os tratados de direitos humanos ratificados por um Estado.²²³

Marcelo Ferreira, por sua vez, defende que o controle de convencionalidade, em sua modalidade concentrada, perante o Supremo Tribunal Federal, seja por ação ou por omissão, pode ser realizado tendo como parâmetro qualquer tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Estado brasileiro.²²⁴

Por sua vez, Paulo Vaz afirma, de forma expressa, sua discordância com relação a parte da doutrina de Valério Mazzuoli, afirmando que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados anteriormente à Emenda Constitucional 45/04, mesmo não tendo sido submetidos ao procedimento do artigo 5º, § 3º da Constituição, servem como parâmetro de controle de convencionalidade concentrado.²²⁵

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 111.

²²¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 173.

²²² PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 118.

²²³ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 84 e 85.

²²⁴ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa: direitos políticos e inelegibilidades. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 231 e 232.

²²⁵ VAZ, Paulo Junio Pereira. Controle de Convencionalidade das Leis: A inconvenção da Lei da Anistia Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 99.

Marinoni, por sua vez, com entendimento convergente ao de Mazzuoli, entende que o controle de convencionalidade concentrado, no direito brasileiro, tem, como parâmetro, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados de acordo com o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, servindo, também de parâmetro de controle difuso. Entende, ademais, que os tratados internacionais que possuem status de norma supralegal e infraconstitucional apenas são parâmetro do controle difuso de convencionalidade.²²⁶

Eduardo Appio demonstra seu entendimento, convergente com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, afirmando que “não se pode aceitar que os tratados e convenções que versem sobre direitos humanos e que não tenham sido incorporados pelo rito especial previsto na EC [...] 45/2004 [...]”²²⁷ possam ser considerados como materialmente constitucionais”. De forma mais específica, Waldir Alves, defende que a previsão do § 3º do artigo 5º da Constituição possibilitou um novo tipo de controle, qual seja, o controle de convencionalidade das leis, sendo estes tratados, o parâmetro para o controle concentrado de convencionalidade.²²⁸

Por fim, com entendimento convergente ao posicionamento de Mazzuoli e Piovesan, Sérgio Cruz Arenhart estabelece que por força do § 2º do artigo 5º da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e em vigor no país, independentemente da formalidade de incorporação, devem ser considerados como detentores de força constitucional.²²⁹

Importante salientar a mudança que traz a doutrina moderna às delimitações e conceitos dos termos vigência e validade das normas. Já afirmava Hans Kelsen que a norma válida era a norma vigente e vice-versa, atribuindo um caráter idêntico aos termos.²³⁰ Aduzia, ademais, que “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma”,²³¹

²²⁶ MARINONI, Luis Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 66.

²²⁷ APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 200.

²²⁸ ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às Emendas Constitucionais. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

²²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 293.

²³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 11.

²³¹ *Ibid.* p. 215.

bem como que “a norma afirmada na premissa maior é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão”²³² Sobre a validade e a eficácia das normas, disserta Bobbio:

O problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor se ela é justa ou não. [...] Validade jurídica de uma norma equivale à existência dessa norma como regra jurídica. [...] O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida.²³³

Ainda estabelece o autor que para decidir se uma norma é válida, faz-se necessário averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para tal, se esta foi *abrogada*, bem como averiguar se é incompatível com outras normas que compõem o sistema.

Mazzuoli, por seu turno, fundamentando-se em Luigi Ferrajoli, aduz que existem duas classes de normativas acerca da produção jurídica. As formais condicionam o caráter da vigência da lei, havendo ainda as materiais que condicionam a validade das referidas normas. Neste sentido, relaciona o autor, a vigência com o formalismo na elaboração das leis pelo Congresso Nacional, bem como a sua vigência com a compatibilidade com o texto constitucional e, conseqüentemente, aos tratados internacionais de direitos humanos.²³⁴

A hierarquia dos tratados de direitos humanos já foi objeto de análise no presente estudo. Com a verificação das mais diversas teorias, conclui-se que a teoria utilizada pela maior parte da doutrina, com expoentes como Valério Mazzuoli, Flávia Piovesan e Antônio Cançado Trindade, é a que mais se adequa à maior efetividade da aplicação do instituto do Controle de Convencionalidade. A partir desta teoria:

[...] a Constituição brasileira de 1988 acolhe os tratados de direitos humanos com índole e nível de normas constitucionais, independentemente de aprovação legislativa por maioria qualificada. Esse nível constitucional dos tratados de direitos humanos se retira da interpretação *a contrario* do art. 5.º, § 2.º, da Constituição. No entanto, se aprovados por maioria qualificada, tais tratados passarão a ter (depois de ratificados e em vigor no País) *equivalência* de emendas constitucionais, tal como estabelece o art. 5.º, § 3.º, da Constituição, acrescentado pela EC 45/2004.

Vislumbra-se, deste modo, que a teoria da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos já declara o status constitucional dos referidos tratados,

²³² Ibid. p. 216.

²³³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 5ª ed. 2012. p. 48 e 49.

²³⁴ MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 121.

independentemente se houve a incorporação destes nos ditames do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal ou não.

Neste sentido, um tratado internacional que não foi incorporado pelo direito interno com a votação do quórum qualificado previsto pelo § 3º possui um status materialmente constitucional. De outro modo, automaticamente possuindo os tratados internacionais de direitos humanos um caráter materialmente constitucional, estes, se aprovados conforme o § 3º possuirão, além de um status materialmente constitucional, um caráter formalmente constitucional.

De qualquer modo, o controle de convencionalidade já aplicável no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro possui, na prática, como parâmetro, apenas a Convenção de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência, bem como o seu protocolo facultativo, únicos diplomas internacionais que foram incorporados de acordo com o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Neste sentido, verifica-se que esta é a real parametricidade do controle de convencionalidade, definida pelo Supremo Tribunal Federal, o que impossibilita uma aplicação ampla do mecanismo.

4.2. A PARAMETRICIDADE ADOTADA NA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA REPÚBLICA ARGENTINA

O direito argentino trata os Tratados Internacionais de direitos humanos de forma diferente. Logo de início verifica-se a importância de diversos diplomas internacionais com a redação do artigo 75, 22 da Constituição de 1994, que estabelece:

La Declaracion Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaracion Universal de Derechos Humanos; la Convencion Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos y su Protocolo Facultativo; la Convencion sobre la Prevencion y la Sancion del Delito de Genocidio; la Convencion Internacional sobre la Eliminacion de todas las Formas de Discriminacion Racial; la Convencion sobre la Eliminacion de todas las Formas de Discriminacion contra la Mujer; la Convencion contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convencion sobre los Derechos del Nino; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquia constitucional, no derogan articulo alguno de la primera parte de esta Constitucion y deben entenderse complementarios de los derechos y garantias por ella reconocidos. Solo podran ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobacion de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Camara.

Los demas tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requeriran del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Camara para gozar de la jerarquia constitucional.

Apenas com a simples leitura do texto, vislumbra-se que a Constituição da Nação Argentina atribui, de forma expressa e objetiva, o status de hierarquia constitucional a, minimamente, dez tratados internacionais de direitos humanos que passam, imediatamente a integrar o bloco de constitucionalidade, impedindo que qualquer lei ou ato normativo possa extinguir ou reduzir os direitos previstos nos referidos diplomas. Ademais, a redação do artigo continua, prevendo a hipótese de ampliação de diplomas internacionais que gozem de hierarquia constitucional ao possibilitar que os demais tratados incorporados pelo país e que forem aprovados pelo *quórum* de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara, possam obter o referido posicionamento hierárquico.

Ora, o item do artigo 75 em estudo já demonstra a importância que os tratados internacionais possuem para o Estado argentino que buscou evidenciar, da forma mais clara possível e sem deixar qualquer dúvida acerca do posicionamento hierárquico-normativo dos tratados internacionais, estebelecendo que determinadas convenções de direitos humanos anteriores à Constituição já gozariam de status constitucional material e formal.

De forma diferente, a Constituição da República Federativa do Brasil trata do tema de forma genérica e imprecisa, o que, de certa forma, contribuiu para a discricionariedade do Poder Judiciário em decidir a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Como já tratado alhures, o § 2º do artigo 5º da Constituição brasileira afirma, de forma completamente positiva, que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Entretanto, a partir da Emenda Constitucional 45/04 e consequente inserção do § 3º no mesmo artigo, que tratou, de forma específica do procedimento de votação, o tema foi tratado de forma restritiva por determinados juristas e pelo Supremo Tribunal Federal que, em votação apertada decidiu que apenas os tratados incorporados nos ditames do § 3º possuem status constitucional e que todos os outros tratados de direitos humanos – inclusive a Convenção Americana de Direitos Humanos, diploma considerado como o mais importante pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos – possuem status infraconstitucional.

Ademais, vislumbra-se que há uma linha jurisprudencial consolidada com relação à força vinculante dos julgados da Corte Interamericana bem como sobre a necessidade da aplicação do referido mecanismo. Verifica-se este fator, primeiramente, no caso denominado de *Recurso de Hecho Gramajo, Marcelo* do ano de 2006 em que a Suprema Corte declarou a

incompatibilidade da pena de reclusão por tempo indeterminado prevista no artigo 52 do Código Penal Portenho, *in verbis*:

Corresponde declarar que, en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas - de manera expresa o por derivación- en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el art. 75, inc. 22 de nuestra Ley Fundamental.²³⁵

Sobre o tema do Controle de Convencionalidade, a Suprema Corte ainda se posiciona no caso *Mazzeo, Lulio Lilo y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad* de 13 de julho de 2007, de forma completamente consonante ao que afirma a corte interamericana em sua jurisprudência:

21) Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C N° 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124).²³⁶

²³⁵ Deve declarar que, no caso concreto, a pena de prisão por um período indeterminado prevista no art. 52 do Código Penal é inconstitucional porque viola o princípio da culpa, o princípio da proporcionalidade da pena, o princípio da reserva, o princípio da legalidade, o princípio do ato direito penal, o princípio da proibição processo criminal múltiplo (*ne bis in idem*) e o princípio da proibição de penas cruéis, desumanas e degradantes, todos os quais parecem reconhecidos nas garantias constitucionais consagradas – de maneira expressa ou por derivação – nos arts. 18 e 19 da Constituição e vários instrumentos internacionais sobre direitos humanos, que fazem parte do nosso bloco constitucional, como a incorporação feita pela arte. 75, inc. 22 da nossa Lei Fundamental. (Tradução livre).

Sentencia de Corte Suprema de la Nación Argentina, GRAMAJO MARCELO EDUARDO s/ROBO EN GRADO DE TENTATIVA -CAUSA N° 1573. 05/09/2006. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscar.html>> Acesso em: 25 de out. de 2016.

²³⁶ Que, por sua vez, a Corte Interamericana afirmou que "é consciente de que juízes e tribunais estão sujeitos à regra de direito e, portanto, são obrigados a aplicar o disposto na lei. Mas quando um Estado tem ratificado um tratado internacional, como a Convenção americana, os seus juízes, como parte do aparelho do estado, também estão sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não são reduzidos pela aplicação de leis contrárias seu objeto e finalidade, e que desde o início nenhum efeito legal ". Em outras palavras, o Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as disposições legais nacionais

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o posicionamento da Suprema Corte Argentina ao fundamentar-se, em sua jurisprudência contida no caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. Mexico*:

231. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual dicha Corte ha establecido que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”. Igualmente, dicha Corte Suprema estableció “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.²³⁷

Percebe-se, neste sentido, que o ordenamento jurídico argentino prevê, constitucionalmente e de forma objetiva e expressa os tratados internacionais que possuem hierarquia constitucional, sendo, portanto, parâmetro de controle de convencionalidade. Ademais, o direito argentino tem sido adequado pelo poder judiciário às evoluções dos Direitos Humanos Internacionais, uma vez que a Suprema Corte Argentina já declarou a incompatibilidade das normas internas com relação aos tratados internacionais de direitos humanos, estabelecendo, ainda, o caráter vinculante da jurisprudência da Corte Interamericana

que se aplicam em casos específicos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, intérprete final da Convenção Americana. (Tradução livre).

Sentencia de Corte Suprema de la Nación Argentina. Caso “*Mazzeo, Lulio Lilo y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad*”, 13 de julio de 2007. p. 16 e 17.

²³⁷ A Suprema Corte de Justiça da Nação da Argentina tem afirmado que as decisões da Corte Interamericana “são obrigatórias para o Estado argentino (art. 68.1 CADH)”, de modo que este Tribunal estabeleceu que “a princípio, deve subordinar o conteúdo de suas decisões às de um tribunal internacional”. Da mesma forma, a Suprema Corte estabeleceu que “a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos deve ser guiada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, pois “é uma pauta inegável da interpretação dos poderes que os argentinos no campo da sua competência e, por conseguinte, também para o Supremo Tribunal de Justiça da Nação, para efeitos de proteção das obrigações assumidas pelo Estado argentino no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. (Tradução livre).

I/A Court H.R., Case of *Cabrera García and Montiel-Flores v. Mexico*. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 26, 2010 Series C No. 220. P. 88

de Direitos Humanos.²³⁸ A doutrina do controle de convencionalidade já foi aceita, de forma expressa, pela Corte Suprema de Justicia argentina.²³⁹

Neste sentido, Mario Midón entende que:

se pueden considerar documentos ineludibles de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano a la Declaración Americana de los Derechos de Hombre, a la Convención Americana de Derechos Humanos, a la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, al Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, al Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará, a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, a la Carta Democrática Interamericana, a la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, y a Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.²⁴⁰

Ora, enquanto no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro a doutrina luta para conseguir o reconhecimento dos tratados internacionais de direitos humanos como parâmetro de controle das leis e atos normativos, inclusive no que se refere à Convenção de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência, tratado que já possui força equivalente à das Emendas Constitucionais, no ordenamento jurídico argentino diversos tratados internacionais já são reconhecidos pela própria Constituição, artigo 75, 22 e pela doutrina como detentores de status hierárquico constitucional.

Como já estudado, com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a discussão doutrinária que ainda prevalece é no sentido de que enquanto doutrinadores como Cançado Trindade, Mazzuoli, Flávia Piovesan e até mesmo o Ministro do Supremo Celso de Mello já declararam seus entendimentos no sentido da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo ordenamento jurídico brasileiro e em vigor no país, com fundamento no artigo 5º, § 2º da Constituição, o Supremo Tribunal decidiu em julgamento não unânime, como já visto, que os tratados internacionais de direitos humanos não incorporados com o procedimento especial previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição apenas obtêm status de norma infraconstitucional e supralegal.

²³⁸ HITTERS, Juan Carlos. *El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la corte interamericana (supervisión supranacional. Cláusula federal)*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 396.

²³⁹ SAGÜES, Néstor Pedro. *El control de convencionalidad en Argentina*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 357 e 358.

²⁴⁰ MIDÓN, Mario A. R. *Control de Convencionalidad*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 95.

Qual é a consequência prática dessa decisão e qual é a relevância desta pesquisa? A partir da decisão já mencionada do Supremo Tribunal Federal, a parametricidade do controle de convencionalidade se reduz, de forma tão drástica, que, atualmente, apenas temos um único tratado como parâmetro de controle. Isso implica que mesmo que todos os outros tratados de direitos humanos sejam parâmetro de controle de supralegalidade, devendo qualquer Juiz ou Tribunal declarar a nulidade de leis e atos normativos que dispõem de forma contrária ao que estabelece os tratados de direitos humanos, não se poderá, em nenhuma hipótese, arguir a convencionalidade, no plano concentrado, das leis e atos normativos que contrariam as disposições dos tratados internacionais de direitos humanos que não tenham se submetido ao procedimento do *quórum* qualificado do §3º do artigo 5º da Constituição.

Existe, também, uma forte discussão doutrinária entre os juristas Argentinos com relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Entretanto, a discussão é completamente diferente da brasileira, demonstrando, de forma inquestionável, todo o avanço argentino na proteção aos direitos humanos fundamentais. A controvérsia entre os doutrinadores pode ser resumida em uma pergunta fundamental: entre a constituição e as Convenções Internacionais de Direitos Humanos, qual diploma possui primazia em sua aplicação?²⁴¹

Midón trata da referida discussão demonstrando os posicionamentos dos autores Juan Carlos Hitters e Néstor Pedro Sagües, já referenciados alhures, bem como Bazán, que defendem a primazia das normas convencionais quando a Constituição Argentina dispuser de forma contrária. Estabelece, ademais que Gil Domínguez e Ibarlucía tratam da referida questão da relação entre as Convenções Internacionais e a Constituição Argentina como uma necessidade de adequação entre os diplomas, salientando a importância das normativas convencionais. Por fim, o autor cita os autores Bianchi e Rosati como defensores da supremacia constitucional, sendo que o primeiro alerta os leitores para um perigoso abandono da soberania argentina da ordem judicial e o segundo estabelece que um controle de convencionalidade que subordine toda outra fonte normativa e interpretativa nacional é inconstitucional por violação aos artigos 27, 30, 31, 75, inciso 22 e 118 da Constituição da Nação Argentina.²⁴²

²⁴¹ MIDÓN, Mario A. R. . Acerca de la prevalencia de los Tratados de Derechos Humanos sobre la Constitución. Derechos humanos y control de convencionalidad. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

²⁴² MIDÓN, Mario A. R. Control de Convencionalidad. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 85 a 87.

Após confrontar os referidos autores comentando sobre seus respectivos posicionamentos, Mario Midón estabelece seu entendimento, concluindo que alguns argumentos concorrem para sustentar a composição da supremacia convencional frente a todo o direito interno.²⁴³

O referido autor argentino fundamenta sua afirmação, primeiramente, a partir das disposições constantes no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, que inclusive foi ratificado pelo Estado brasileiro e que dispõe de forma taxativa, como já estudado, que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Ademais, estabelece o autor que a República Argentina é um Estado que, de forma voluntária, reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que se refere à interpretação aplicação realizada da Convenção Americana de Direitos Humanos. Aduz, ainda, que “ante la comunidad internacional, voluntariamente, declaramos que no antepondríamos nuestro derecho interno para cumplir un compromiso assumido con otros Estados, derecho interno del cual – obviamente – está comprendida la Constitución.”²⁴⁴

Para finalizar sua análise, o autor se fundamenta no fato de que o Estado argentino ingressou a um sistema de proteção dos direitos humanos e reconhecem a competência do órgão judicial chamado a dirimir os conflitos suscitados em matéria de direitos humanos, enfatizando a importância do artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos que trata do dever dos Estados-Partes em adotar disposições de direito interno para efetivar os direitos humanos.²⁴⁵

Neste sentido, conclui, de forma categórica, o autor, estabelecendo que “en presencia de tales argumentos , creemos que carece de fundamento la tesis que prohija la supremacia frente a todo el resto de nuestro ordenamiento.”²⁴⁶

Em que pese haja a referida discussão com relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico argentino, não há o que se discutir sobre o fato de que a Convenção Americana de Direitos Humanos e os demais tratados internacionais constantes no artigo 75, inciso 22 da Constituição Argentina integram o parâmetro de controle de constitucionalidade.

²⁴³ MIDÓN, Mario A. R. Control de Convencionalidad. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 88.

²⁴⁴ Ibid. p. 88.

²⁴⁵ Ibid. p. 89.

²⁴⁶ Ibid. p. 89.

Diversos estudos demonstram o entendimento pacífico dos juristas argentinos no sentido de que a Convenção Americana de Direitos Humanos integra o bloco de constitucionalidade ou o parâmetro de controle de convencionalidade. Vale citar o estudo realizado por Abel Cornejo que toma como parâmetro fundamental a Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado que não possui status constitucional no ordenamento jurídico brasileiro por entendimento do Supremo Tribunal Federal. No âmbito do referido estudo, o autor utiliza a Convenção Americana de Direitos Humanos e os demais tratados reconhecidos pelo direito argentino como parâmetros de controle de convencionalidade para efetivação da denominada “defensa eficaz”. A partir disso, enuncia a Convenção como afirmadora de diversos direitos como o “debido proceso legal”, “principio del juez natural”, “ne bis in idem”, “in dúbio pro reo”, “derecho al recurso”, dentre outros, alguns direitos, inclusive, que não se encontram previstos no direito interno.²⁴⁷

No mesmo sentido, Enrique Alonso Regueira demonstra o entendimento da Convenção Americana como parâmetro de controle, em estudo sobre o controle de convencionalidade da atividade administrativa²⁴⁸, bem como no âmbito da legalidade penal²⁴⁹.

Jorge Amaya, ao tratar da evolução do controle de convencionalidade, oferece extrema importância à Convenção Americana como parâmetro de controle no ordenamento jurídico argentino.²⁵⁰ Ademais, Adelina Loianno, estabelece, de forma clara, que o controle de convencionalidade pretende afirmar a supremacia “de la Convención Americana de Derechos Humanos o, como veremos, de otros tratados de derechos humanos.”²⁵¹ verificando-se a amplitude do controle de convencionalidade no âmbito da doutrina argentina.

No mesmo entendimento da aplicabilidade do controle de convencionalidade tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos de forma mais ampla possível,

²⁴⁷ CORNEJO, Abel. Defensa eficaz y control de convencionalidad. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016.

²⁴⁸ REGUEIRA, Enrique Alonso. El control de convencionalidad de la actividad administrativa. 1ª ed. Buenos Aires: Lajouane, 2017.

²⁴⁹ REGUEIRA, Enrique Alonso. Los Principios Convencionales de Legalidad Penal y Plazo Razonable en Materia Disciplinaria. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ljouane, 2017.

²⁵⁰ AMAYA, Jorge Alejandro. Perspectivas y Prospectivas del Control de Constitucionalidad y Convencionalidad. Problemas de interpretación en el control constitucional y de convencionalidad. Dirigido por Osvaldo A. Gonzáini. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2017. p. 69

²⁵¹ LOIANNI, Adelina. El Principio de Legalidad en el Control de convencionalidad. Un Nuevo desafío para los Jueces Nacionales. Problemas de interpretación en el control constitucional y de convencionalidad. Dirigido por Osvaldo A. Gonzáini. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2017. p. 222.

pode-se incluir Carlos Luque²⁵², Maria Gabriela Ábalos²⁵³, Martha Lértora²⁵⁴, Andrés Gil Domínguez²⁵⁵, Hector Giménez²⁵⁶ e Roberto Labrano²⁵⁷.

Ademais, vislumbra-se que no ano de 2008 este entendimento já estava sendo defendido pelo próprio Andrés Gil Domingues²⁵⁸, bem como por Adelina Loiano²⁵⁹, Alberto Luchetti²⁶⁰ e Silvia Zimmerman²⁶¹.

Vale salientar que o sistema de controle de constitucionalidade das Leis, na Argentina, é baseado no sistema estadunidense, ou seja, no controle de constitucionalidade difuso e concreto.²⁶² Neste sentido, o controle de convencionalidade argentino tem sido estruturado da mesma forma, entendendo-se o controle difuso de convencionalidade como o exercido pelos Juízes nacionais e o controle concentrado como o realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁶³. Entretanto, o recorte deste estudo se restringe a avaliar a parametricidade do controle de convencionalidade na Argentina, comparando este entendimento com o entendimento válido no nosso ordenamento jurídico pátrio.

²⁵² LUQUE, Carlos. Nociones primarias para el entendimiento de los derechos humanos, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. *Derechos humanos y control de convencionalidad*. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

²⁵³ ÁBALOS, Maria Gabriela. Control de constitucionalidad y de convencionalidad: su imprescindible armonización. *Derechos humanos y control de convencionalidad*. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016. p. 161.

²⁵⁴ LÉRTORA, Martha Helia Altabe. Control judicial de convencionalidad de oficio. *Derechos humanos y control de convencionalidad*. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016. p. 211.

²⁵⁵ DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. Control de Convencionalidad, Derechos y Democracia. *Derechos humanos y control de convencionalidad*. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

²⁵⁶ GIMÉNEZ, Hector. Interpretación conforme y principio pro-homine en el control de convencionalidad. *Derechos humanos y control de convencionalidad*. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016. p. 290.

²⁵⁷ LABRANO, Roberto Ruiz Díaz. El control de convencionalidad, su aplicabilidad en el Mercosur. *Derechos humanos y control de convencionalidad*. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016. p. 290.

²⁵⁸ DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. Control de Convencionalidad, control de constitucionalidad e interdicción de la tortura en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. *El control de convencionalidad*. Coordinado por Susana Albanese. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2008.

²⁵⁹ LOIANO, Adelina. El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema argentina “Arancibia Clavel”, “Simón”, “Mazzeo”. *El control de convencionalidad*. Coordinado por Susana Albanese. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 113.

²⁶⁰ LUCCHETTI, Alberto. Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad. *El control de convencionalidad*. Coordinado por Susana Albanese. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 133.

²⁶¹ ZIMMERMAN, Silvina. El camino emprendido por los jueces hacia el control de convencionalidad. *Los derechos económicos, sociales y culturales*.

²⁶² CASTRO, Gina Gouveia Pires. NATHALIA, Thaminne. NETO, Antônio Beserra dos Santos. Controle de constitucionalidade no brasil e argentina – as origens e influências do controle de constitucionalidade sob uma perspectiva comparada. *Revista Jurídica Unicuritiba*. vol. 04, nº. 49, Curitiba, 2017. pp. 418-439.

²⁶³ MIDÓN, Mario A. R. Control de Convencionalidad. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 99 e 108.

Por tudo quanto exposto, verifica-se que o direito argentino oferece fundamental importância aos tratados internacionais de direitos humanos ao estabelecer a hierarquia constitucional, no próprio texto da Constituição, de dez importantes tratados internacionais de direitos humanos, abrindo a possibilidade da incorporação de mais tratados de direitos humanos com status constitucional. Para investigar a efetividade das disposições constitucionais do artigo 75, 22, foi possível analisar alguns julgados que demonstram o respeito da Suprema Corte às disposições constitucionais, às normativas internacionais do sistema interamericano e ao quanto decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ademais, diversos livros e artigos foram coletados, verificando-se o posicionamento dos doutrinadores de direitos humanos argentinos, com relação à posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, informação que é de fundamental importância para aplicação do controle de convencionalidade.

Neste sentido, pode-se concluir que caso o direito brasileiro adotasse, por meio das disposições constitucionais e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, da mesma forma que o direito argentino, a parametricidade do controle de convencionalidade seria muito mais ampla, havendo a possibilidade, segundo a doutrina de Mazzuoli, de realizar o controle concentrado de convencionalidade, tendo como parâmetro diversos tratados internacionais de direitos humanos e não somente a convenção de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência, bem como seu protocolo facultativo, únicos tratados já incorporados conforme o procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, poderia servir como importante parâmetro de controle das leis e atos normativos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, nas modalidades concentrada e difusa, obtendo, sem dúvidas, força maior do que apenas uma norma supralegal e infraconstitucional.

4.3. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM DETERMINADOS ESTADOS DA AMÉRICA LATINA

Após a análise da parametricidade do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e argentino, pode-se verificar a importância que o mecanismo abordado

possui para a efetivação dos direitos humanos no que se refere a alguns dos demais países da América Latina.

A partir da pesquisa jurisprudencial realizada em tópicos anteriores, percebe-se que a Corte Interamericana já decidiu diversos casos, afirmando a aplicabilidade do controle de convencionalidade em diferentes países da América.

No que se refere ao direito chileno, vislumbra-se que a Corte Interamericana de Direitos já se pronunciou, diretamente, no já citado *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, estabelecendo que o Estado deve aplicar o mecanismo do controle de convencionalidade, por meio do Poder Judiciário, tendo como parâmetro a Convenção Americana, bem como, a interpretação da Corte acerca dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

O Caso "*The Last Temptation of Christ*" (*Olmedo-Bustos et al.*) v. Chile também merece destaque, uma vez que estabelece a obrigatoriedade dos Estados Partes da Convenção Americana modificarem o direito interno com o objetivo de cumprirem com as obrigações assumidas no que se refere aos direitos humanos:

87. In international law, customary law establishes that a State which has ratified a human rights treaty must introduce the necessary modifications to its domestic law to ensure the proper compliance with the obligations it has assumed. This law is universally accepted, and is supported by jurisprudence.²⁶⁴

A doutrina chilena, por meio do jurista Humberto Nogueira Alcalá entende o controle de convencionalidade como

[...] un mecanismo que utiliza la CIDH, ya sea en sede contenciosa o consultiva, a través del cual determina la compatibilidad del derecho interno o los actos de agentes de un Estado Parte, a través de una sentencia judicial, en que determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado parte, como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de derecho interno y prácticas de agentes estatales contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH y los tratados o convenciones complementarios del sistema [...]²⁶⁵

²⁶⁴ No direito internacional, o direito consuetudinário estabelece que um Estado que tenha ratificado um tratado de direitos humanos deve introduzir as modificações necessárias ao seu direito interno para assegurar o cumprimento adequado das obrigações assumidas. Esta lei é universalmente aceita e é apoiada pela jurisprudência. (Tradução livre).

I/A Court H.R., Case of "The Last Temptation of Christ" (*Olmedo-Bustos et al.*) v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 5, 2001. Series C No. 73. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_ing.pdf> Acesso em: 20 de out. de 2016.

²⁶⁵ [...] um mecanismo utilizado pela Comissão, seja em sede contenciosa ou consultiva, por meio do qual determina a compatibilidade de direito interno ou atos de agentes de um Estado-parte, através de uma decisão judicial na determinação do significado e alcance, as suas disposições e, se necessário, ordenam o Estado parte, como uma obrigação de resultado, a modificar, apagar ou revogar regras de direito interno e as práticas de agentes

Importante a percepção de que o doutrinador afirma que a Corte Interamericana possui a competência de, por meio de sentença judicial, ordenar ao Estado parte que modifique, suprima ou derroge normas de direito interno, bem como práticas de agentes estatais contrários ao que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Entretanto, um caso do ano de 2008 demonstra que o Tribunal Constitucional Chileno não possuía o costume de realizar o controle de convencionalidade do seu direito interno. No caso criminal denominado Aarón Vásquez foi aplicado o artigo 387 do Código Procesal Penal Chileno que assim dispõe:

Artículo 387.- Improcedencia de recursos. La resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código.
Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales.²⁶⁶

Neste sentido, negou-se o direito ao recurso por motivo de que o Réu foi condenado em duas sentenças, sendo o primeiro julgamento anulado por recurso de nulidade interposto pelo Ministério Público, sendo condenado por força de segunda sentença à uma pena maior que a anterior. Pois bem, por força da previsão do citado artigo, o Réu do processo penal deixou de possuir o direito ao Recurso sem ter tido a possibilidade de utilizá-lo.²⁶⁷

estatais que são contrários aos atributos e as garantias dos direitos assegurados por CADH e tratados ou convenções complementares do sistema.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Coordenação Luiz Guilherme marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013. p. 480.

²⁶⁶ Artigo 387.- Improcedência de recursos. A resolução deve deixar um apelo de anulação não será sujeita a qualquer recurso, sem prejuízo da revisão da sentença condenatória de que trata este Código.

Também não será passível de recurso a sentença que proferir no novo julgamento a ser efetuado, como resultado da resolução que aceitou o recurso de anulação. No entanto, se a sentença é condenatória e que qualquer anulação houvesse sido absolutória, proceder-se-á com o remédio de nulidade em favor do réu, de acordo com as regras gerais. (Tradução livre).

Código Procesal Penal Chileno. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>> Acesso em: 19 de out. de 2016.

²⁶⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Coordenação Luiz Guilherme marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013. p. 512.

Portanto, percebe-se que a decisão do Tribunal Constitucional Chileno não se atentou às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁶⁸, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana, de forma específica, na *Ratio Decidendi* da decisão do Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica²⁶⁹ que declara a necessidade de se atribuir efetividade e facilidade ao exercício do direito ao Duplo Grau de Jurisdição. Neste sentido são as previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

[...]

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.²⁷⁰

Já no ano seguinte, a partir da sentença Rol 1361-09, o Tribunal Constitucional Chileno passou a utilizar a regra básica de hermenêutica da utilização da norma mais benéfica, com base no *princípio pro homine*. A partir daí, assumiu a Corte que deve-se aplicar a norma que protege da melhor forma os direitos humanos fundamentais.

No mesmo sentido estabelece *El Tribunal Constitucional del Ecuador*, que já determinava, anteriormente à atual constituição do ano de 2008, que as normas sobre direitos humanos, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana já constituíam-se em parâmetro de controle de constitucionalidade das normas internas infraconstitucionais. *La Corte*

²⁶⁹ I/A Court H.R., Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107.

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf> Acesso em: 20 de out. de 2016.

²⁷⁰ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

Constitucional de Guatemala também já determinou que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos integram-se à ordem constitucional.²⁷¹

A doutrina do México aduz, por meio de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que o mecanismo do controle de convencionalidade é o exame de compatibilidade que sempre deve ser realizado entre os atos e normas nacionais, tendo como parâmetro a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seus Protocolos Adicionais, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana.²⁷²

Entende o Juiz da Corte Interamericana que esta possui o poder de exercer um controle de convencionalidade no que se refere aos casos contenciosos submetidos à análise pela manifestação internacional concentrada do mecanismo. Enfatiza, ademais, a importância da realização do controle difuso de convencionalidade pelos juízes e tribunais afirmando que “El control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH [...]”.²⁷³

No sentido da obrigatoriedade da aplicação do Controle de Convencionalidade pelos Tribunais do Estado Mexicano é o entendimento da *Suprema Corte de Justicia de la Nación de México* demonstrado na sessão pública datada de 12 de julho de 2011, nos termos de que “Es mayoría de siete votos en el sentido de que todos los tribunales del Estado Mexicano deben ejercer el control de convencionalidad.”²⁷⁴

Aduzem, ademais:

En realidad, como ustedes ya bien lo han hecho notar, la Corte Interamericana hace una interpretación del artículo 57 del Código de Justicia Militar de nuestro país, y llega a la conclusión de que es contraria al artículo 8.1 –me parece– de la Convención de Derechos Humanos, y ésta es la interpretación que le sirve de base para llegar a la conclusión de que el fuero militar se debe restringir; es decir, es parte de la misma

²⁷¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013. p. 524 a 527.

²⁷² MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad El Nuevo Paradigma Para El Juez Mexicano. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013. p. 549.

²⁷³ O controle difuso de convencionalidade consiste no dever dos juízes nacionais em realizar um exame de compatibilidade entre atos e normas nacionais, e a CADH, os seus protocolos adicionais, e a jurisprudência da Corte Interamericana. (Tradução livre). Ibid. p. 549.

²⁷⁴ É maioria de sete votos no sentido de que todos os tribunais no estado mexicano devem exercer o controle de convencionalidade. (Tradução livre).

Contenido De La Versión Taquigráfica De La Sesión Pública Ordinaria Del Pleno De La Suprema Corte De Justicia De La Nación, Celebrada El Martes 12 de Julio de 2011. p. 11. Disponível em <https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/12072011PO13SN.pdf>. Acesso em: 22 de out. de 2016.

argumentación, el párrafo 339 está dentro de este contexto, y por eso dice: Los jueces del Estado Mexicano tienen que llevar a cabo un control de convencionalidad. ¿Por qué? Porque estoy advirtiéndole que ese artículo 57 del Código de Justicia Militar resulta contrario a los principios de la Convención.²⁷⁵

No já discutido caso *Cabrera-García and Montiel-Flores Vs. Mexico*, pronunciou-se a Corte Interamericana acerca da necessidade da aplicação do controle de convencionalidade pelo Poder judiciário do Estado do México.

233. De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (infra párr. 234), en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.²⁷⁶

Com relação aos julgados pelo Tribunal Constitucional do Estado do Perú, extrai-se o entendimento de que há uma obrigação imposta aos juízes que compõem o Poder judiciário interno de aplicar-se, em sede nacional, as disposições da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como os critérios jurisprudenciais estabelecidos pela referida corte acerca do ordenamento jurídico interno.²⁷⁷

Esse entendimento reforça a aplicação do mecanismo do controle de convencionalidade difuso pelos juízes de primeiro grau e Tribunais em geral com a observância do entendimento

²⁷⁵ Na verdade, a Corte Interamericana faz uma interpretação do artigo 57 do Código de Justiça Militar do nosso país, e conclui que é contrário ao artigo 8.1 da Convenção de direitos humanos, e esta é a interpretação que serve como uma base para concluir que os tribunais militares devem se restringir; ou seja, é parte do mesmo argumento, nº 339 está dentro deste contexto, e por isso diz: Os juízes do Estado mexicano devem realizar um controle de convencionalidade. Por quê? Porque eu estou advertindo que o artigo 57 do Código de Justiça Militar é contrário aos princípios da Convenção. (Tradução livre).

Contenido De La Versión Taquigráfica De La Sesión Pública Ordinaria Del Pleno De La Suprema Corte De Justicia De La Nación, Celebrada El Martes 12 De Julio De 2011. P. 38. Disponível Em <https://www.sejn.gob.mx/pleno/ver_taquigraficas/12072011po13sn.pdf>. Acesso em: 22 de out. de 2016.

²⁷⁶ Assim, como observado nos casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega e Rosendo Cantú, é necessário que as interpretações constitucionais e legislativas relativas aos critérios de material e competência pessoal da jurisdição militar no México, se adequem com os princípios estabelecidos na jurisprudência desta Corte que foram reiterados no presente caso, e que se aplicam a qualquer violação dos direitos humanos cometida supostos membros das forças armadas. Isto implica que, independentemente de as reformas legais que o Estado deve adotar, neste caso corresponde às autoridades judiciais, baseado no controle de convencionalidade, fornecer imediatamente e ex officio o conhecimento dos fatos ao juiz, ou seja, aos tribunais criminais comuns.

I/A Court H.R., Case of Cabrera García and Montiel-Flores v. Mexico. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 26, 2010 Series C No. 220. p. 88.

²⁷⁷ BELAUNDE, Domingo García. MANCHEGO, José Felix Palomino. *El Control de Convencionalidad en el Peru. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Coordenação Luiz Guilherme marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013. p. 677.

da última intérprete da Convenção. Neste sentido é a Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 01458-2007-PA/TC:

3. Este Tribunal se ha pronunciado respecto a este tema en la STC N° 5854-2005-AA/TC, estableciendo que “Tal como lo dispone el artículo 55° de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y en consecuencia inmediatamente aplicable al interior del Estado.

Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.²⁷⁸

A aplicação do mecanismo do controle de convencionalidade fica mais nítida no momento em que o Tribunal Constitucional do Peru reconhece, de forma implícita, a prevalência da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, ao estabelecer que deve-se aplicar o controle de convencionalidade difuso com a finalidade de salvaguardar os direitos humanos fundamentais previstos na Convenção Americana.²⁷⁹

²⁷⁸ Este Tribunal se pronunciou sobre esta questão na STC No. 5854-2005-AA / TC, afirmando que Conforme previsto no artigo 55 da Constituição, os tratados celebrados pelo Estado e em vigor são parte da legislação nacional. Assim, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado peruano, pertencem ao direito interno, são válidos, eficazes e, portanto, imediatamente aplicáveis dentro da lei estadual.

Os direitos fundamentais reconhecidos pela nossa Constituição devem necessariamente ser interpretadas em conformidade com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Peru e de acordo com as decisões tomadas pelos tribunais internacionais sobre os direitos humanos estabelecidos por tratados de que o Peru faz parte (Quarta final e disposição transitória da Constituição e do artigo V do Código de Processo Constitucional preliminar).

Neste sentido, o exercício interpretativo que se realize qualquer tribunal do Estado (ou funções materialmente jurisdiccionais) para determinar o conteúdo protegido constitucionalmente dos direitos fundamentais, deve ser obrigatoriamente informado pelas disposições dos tratados internacionais de direitos humanos e pela interpretação dos tribunais internacionais de direitos humanos através das suas decisões. (Tradução livre).

Tribunal Constitucional del Peru. EXP. N.º 01458-2007-PA/TC. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01458-2007-AA.html>> Acesso em: 23 de out. de 2016.

²⁷⁹ Bem, expostos os alcances deste último limite ao exercício de controle judicial de constitucionalidade das leis, este Tribunal observa que, como qualquer regra, esta tem suas exceções. A saber:

(I) Primeiro, a restrição de efetuar o controle de constitucionalidade sobre uma lei cuja validade foi confirmada pelo Tribunal, não se aplica em todos os casos em que a lei foi posteriormente declarada nula ou sem efeito legal pela sua incompatibilidade manifesta com tratado de direitos humanos para um Tribunal Internacional de Justiça sobre os direitos humanos dos quais o Estado peruano está sujeita à sua competência contenciosa.

9. Pues bien, expuestos los alcances de este último límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, este Tribunal advierte que, como toda regla, ésta tiene sus excepciones. A saber:

(i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.

Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N.os 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, de 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC 0275-2005-PH/TC).²⁸⁰

Vislumbra-se, a partir do referido julgado, que o Tribunal Constitucional do Peru reconhece quando determinada lei do ordenamento jurídico interno é inconvençional, mesmo quando esta inconvençionalidade é declarada pela Corte Interamericana de Direitos. No caso em questão há, como exemplo, as leis de anistia de números 26479 e 26492.

Neste sentido é a referência da Corte Interamericana aos julgados do Tribunal Constitucional do Peru, no caso *Cabrera-García and Montiel-Flores Vs. Mexico*, com o objetivo de evidenciar a força do mecanismo do controle de convencionalidade no que se refere ao Estado so Peru, bem como a vinculação das sentenças da própria Corte Interamericana e a força normativa da Convenção Americana, que cooperam com a segurança jurídica do Estado Peruano e com a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais. Seguem os trechos utilizados pela Corte Interamericana:

La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso,

Esse é o caso, por exemplo, das Leis de Anistia n°s 26479 e 26492, que foram considerados incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Julgamento Barrios Altos caso de 18 de Setembro 2003.

BELAUNDE, Domingo García. MANCHEGO, José Felix Palomino. *El Control de Convencionalidad en el Peru. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Coordenação Luiz Guilherme marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013. p. 678.

²⁸⁰ Tribunal Constitucional del Peru. EXP. N.º 1679-2005-PA/TC. Disponível em: <<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01679-2005-AA.html>>. Acesso em: 22 de out. de 2016.

sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.²⁸¹

se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.²⁸²

Importante, ainda, demonstrar o avanço que o direito interno Uruguaio obteve com o a promulgação da lei 18.515 que dispõe no seu artigo 3º a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Americana Sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos como princípios norteadores da interpretação de normas jurídicas.

Artículo 3º.- Agrégase al artículo 1º de la Ley Nº 16.099, de 3 de noviembre de 1989, el siguiente inciso:

"Constituyen principios rectores para la interpretación, aplicación e integración de las normas civiles, procesales y penales sobre expresión, opinión y difusión, relativas a comunicaciones e informaciones, las disposiciones consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, se tomarán en cuenta muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Americana de Derechos Humanos y en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siempre que ello no implique disminuir los estándares de protección establecidos en la legislación nacional o reconocidos por la jurisprudencia nacional".²⁸³

²⁸¹ O carácter vinculativo dos acórdãos da Corte Interamericana não se esgota na sua parte dispositiva (que certamente atinge apenas o Estado que é parte no processo), mas estende-se a sua fundação ou a ratio decidendi, não acrescentou que, pela regra do quarta disposição final transitória da Constituição e do artigo V do Título preliminar, nesta área a decisão é vinculativa para todo o poder público nacional, mesmo em os casos em que o Estado peruano não foi parte do processo. Na verdade, a capacidade interpretativa e aplicativa da Convenção que tem a Corte Interamericana, reconhecido no artigo 62.3 do Tratado, juntamente com o mandato do CDFT da Constituição, torna a interpretação das disposições da Convenção obrigatória para todos os órgãos de governo, incluindo, é claro, ao Tribunal. (Tradução livre).

Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.

²⁸² [...] Se segue a vinculação direta entre a Corte Interamericana e este Tribunal Constitucional; vinculação que tem uma dupla vertente: por um lado, reparadora, pois interpretado o direito fundamental violado à luz das decisões da Corte, é otimizada a possibilidade de atribuir-se uma adequada e eficaz proteção; e, por outro, preventiva, pois mediante sua observância se evitam as nefastas consequências institucionais que proporcionam as sentenças condenatórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a segurança jurídica do Estado peruano. (Tradução livre).

Sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26.

²⁸³ Artigo 3. Agrega-se ao Artigo 1º da Lei No. 16,099, de 3 de novembro de 1989, o seguinte parágrafo: Constituem princípios orientadores para a interpretação, aplicação e integração de regras civis, processuais e penais sobre expressão, de opinião e divulgação, relativa às comunicações e informações, as disposições consagradas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Assim mesmo, se tomarão em conta os critérios estabelecidos nas sentenças e pareceres consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as resoluções e relatórios da

Vislumbra-se que foi inserida à lei 16.099²⁸⁴ de 3 de novembro de 1989 do Estado do Uruguai o referido inciso que estabelece, expressamente, as disposições consagradas na Convenção Americana de Direitos Humanos, na Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como no Pacto Americano dos Direitos Civis e Políticos como princípios norteadores de interpretação, aplicação e integração de normas civis, processuais e penais no que tange à expressão, opinião e difusão dos meios de comunicação e informação.

Ademais, o inciso em questão demonstra a força que as sentenças e opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as resoluções e informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos possuem no sentido da proteção dos direitos humanos fundamentais. Vislumbra-se, aqui, que o direito uruguaio ofereceu a devida importância à Jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, aplicando, ademais, o princípio da norma mais benéfica, quando a legislação nacional assim dispuser. Sobre o tema se posiciona neste sentido a doutrina uruguaia:

El artículo importa una novedad para el Derecho interno uruguayo, en cuanto consagra *principios rectores* para la interpretación, aplicación e integración de las normas que individualiza.

Ellos son las disposiciones de los tres instrumentos que menciona, así como las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH, las resoluciones e informes de la Comisión IDH.

Entre otros obligados a ajustarse a dichos principios encontramos a los jueces, esto es, en general, los soportes de los órganos jurisdiccionales.

El contenido dispositivo puede vincularse, entre otros aspectos, con el control jurisdiccional de convencionalidad de “las normas civiles, procesales y penales sobre expresión, opinión y difusión, relativas a comunicaciones e informaciones”. Es claro que de ello no debe seguirse que sea posible interpretar que se estén excluyendo los mentados principios rectores respecto de otras normas, aunque con la necesidad de precisar la referencia a las resoluciones e informes de la Comisión IDH.²⁸⁵

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sempre que estes impliquem não diminuir os padrões mais baixos de proteção do direito nacional ou reconhecidos pela legislação nacional. (Tradução livre).

Uruguay, Ley N° 18.515 MEDIOS DE COMUNICACIÓN MODIFICACIÓN DE VARIAS DISPOSICIONES El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp638360.htm>> Acesso em: 25 de set. de 2016.

²⁸⁴ Uruguay, Ley N° 16099 - LEY DE PRENSA - LIBERTAD EN LOS MEDIOS DE COMUNICACION. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16099-1989/1>>. Acesso em 27 de setembro de 2016.

²⁸⁵ O Artigo importa em uma novidade para o direito nacional uruguaio, como princípios orientadores consagrados para a interpretação, aplicação e integração de normas que o individualize.

Eles são as disposições dos três instrumentos mencionados, bem como julgamentos e opiniões consultivas da Corte Interamericana, resoluções e relatórios do Comissão IDH.

Entre outros obrigados a observarem esses princípios estão os Juízes, que são os suportes dos órgãos jurisdiccionais. O conteúdo do dispositivo pode ser ligado, entre outras coisas, com o controle jurisdiccional de convencionalidade de "regras civis, processuais e penais sobre expressão, de opinião e divulgação, relativas às comunicações e informações." É claro não deve seguir-se que seja possível interpretar que se estão excluindo os mencionados

Um fato que demonstra de forma evidente que o Poder Judiciário do Uruguai realiza o Controle de Convencionalidade do seu ordenamento interno é o proferimento da sentença nº 365 pela Suprema Corte de Justicia. O caso concreto em questão resume-se no fato de que a Suprema Corte de Justiça do Estado Uruguaio declarou por sentença expedida por maioria de três contra dois a Constitucionalidade da Lei 15.848 que prevê, no seu artigo 1º:

CAPITULO I

Artículo 1

Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto. (*)²⁸⁶

Todavía, diversos pronunciamentos, de diferentes órgãos, se posicionavam de forma contrária à referida lei. Dentre estes órgãos, pode-se fazer referência ao Comitê de Direitos Humanos do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, no ano de 1988 (CPR/C/322) e em 1993 (CCPR/79), bem como à Comissão Interamericana de Direitos Humanos no ano de 1992 (informe 29/92) que entenderam a caducidade da pretensão punitiva estatal, neste caso, como algo que violaria o Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.²⁸⁷

princípios orientadores no que diz respeito a outras normas, mas com a necessidade de clarificar a referência às resoluções e relatórios do Comissão HDI. (Tradução livre).

GALLICCHIO, Eduardo G. Esteva. *El control de convencionalidad en Uruguay. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013. p. 678.

²⁸⁶ Reconhece-se que, como consequência da lógica dos acontecimentos decorrentes do acordo entre os partidos políticos e as forças armadas em agosto de 1984 e, a fim de concluir a transição para a ordem constitucional, tem caducado o exercício da pretensão punitiva Estatal por crimes cometidos até 1 de Março de 1985 por funcionários militares e policiais, equiparados e assimilados por motivos políticos ou durante o desempenho das suas funções e por ocasião de ações ordenadas pelos comandantes na ocasião do cumprimento de suas funções e na ocasião das ações ordenadas que atuaram durante o período de fato. (Tradução livre).

Uruguay, Ley Nº 15848 LEY DE AMNISTIA - FUNCIONARIOS MILITARES - FUNCIONARIOS POLICIALES Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/15848-1986/1>>. Acesso em 28 de setembro de 2016.

²⁸⁷ GALLICCHIO, Eduardo G. Esteva. *El control de convencionalidad en Uruguay. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Coordenação Luiz Guilherme marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013. p. 700.

O fato é que, na data de 19 de outubro de 2009, a Suprema Corte de Justiça declarou a inconstitucionalidade dos artigos 1, 3 e 4 da referida lei, por meio da sentença nº 365/2009²⁸⁸, sendo ainda a jurisprudência mantida pela Corte em outros casos concretos pelo chamado instituto de resolução antecipada.²⁸⁹

Vislumbra-se que mesmo sem a utilização do termo “controle de convencionalidade” o realizado pela Suprema Corte de Justiça uruguaia se adequa perfeitamente ao conceito do referido mecanismo. Indiscutível é o fato que o Poder judiciário do Uruguai entende a importância do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos para a efetivação dos Direitos Fundamentais. A Corte Suprema frisa que a Corte Interamericana já declarou, em diversos casos, nulas algumas leis de anistia por motivo de violarem os direitos humanos. Explicitam, ainda, que a Corte internacional estabelece que os juízes e tribunais nacionais devem aplicar as normas internacionais frente às leis contrárias à finalidade daquelas. Vale a transcrição do trecho:

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas Leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “Leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”²⁹⁰

A partir da análise do entendimento da grande maioria dos Poderes Judiciários dos Estados do continente Americano, percebe-se que os tratados internacionais de direitos humanos formam, com o texto das respectivas Constituições o denominado “bloque de constitucionalidad”.

A doutrina Uruguaia conceitua o “bloque de constitucionalidad” “como al grupo normativo que engloba determinados principios y disposiciones materialmente

²⁸⁸ Suprema Corte de Justicia del Uruguay. Disponível em: <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>> Acesso em 28/09/2016.

²⁸⁹ GALLICCHIO, Eduardo G. Esteva. *El control de convencionalidad en Uruguay. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Coordenação Luiz Guilherme marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013. p. 700.

²⁹⁰ No âmbito jurisdiccional, recorde-se algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que declararam leis de anistia nulas para impedir a punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos e estabelecem o dever de órgãos jurisdicionais nacionais para garantir a aplicação das normas internacionais frente às “leis contrárias ao objecto e finalidade e que desde o início carecem de qualquer efeito jurídico.

Suprema Corte de Justicia del Uruguay. Sentencia 365/2009. Disponível em: <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=33814>> Acesso em 28 de set. de 2016.

constitucionales, pero que no se encuentran expresamente incluidos dentro del texto de la Constitución documental.”²⁹¹

Todavia, a doutrina já prevê o denominado bloco de convencionalidade que pode ser entendido, no âmbito do sistema de proteção interamericano de direitos humanos como:

o conjunto de normas materiais e formais do Pacto de São José da Costa Rica, que serviram como parâmetro para análise da compatibilidade de uma norma nacional à garantia e proteção dos direitos humanos. Vale apontar que, a não compatibilidade de uma norma interna com o bloco de convencionalidade resulta na não produção de efeitos jurídicos daquela, sendo que sua própria existência – da lei interna – já carece de efeitos jurídicos por si própria, por ser inconveniente.²⁹²

No já citado caso *Cabrera-García and Montiel-Flores Vs. Mexico* a Corte Interamericana de Direitos Humanos dedica os parágrafos 226 ao 233 para demonstrar a aplicação do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário de determinados países. Além dos trechos já citados, merecem destaque a referência da Corte Interamericana aos demais países do referido continente.

Explicitam, na citada decisão que os tribunais das mais altas hierarquias se referem e têm aplicado o controle de convencionalidade, considerando, ademais, as interpretações efetuadas pela própria Corte Interamericana. Comprovam isso com a seguinte decisão da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica:

debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada.²⁹³

²⁹¹ FORMENTO, Augusto; DELPIAZZO, Jose Miguel. *Primer Reconocimiento Jurisprudencial Del Bloque De Constitucionalidad: Concepto, Importancia, Efectos Jurídicos Y Perspectivas*. Revista De Derecho De La Universidad De Montevideo. Disponível em: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Formento-y-Delpiazco-Primer-reconocimiento-jurisprudencial-del-bloque-de-constitucionalidad-concepto-importancia-efectos-juridicos-y-perspectivas.pdf>. Acesso em 28/09/2016.

²⁹² GONÇALVES, Vinicius de Almeida de Almeida. *A figura do bloco de convencionalidade nas decisões proferidas pela corte interamericana de direitos humanos*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM www.ufsm.br/redevistadireito v. 8, n. 2 / 2013. p. 417.

²⁹³ Deve advertir-se que, se a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão natural para interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...], a força da sua decisão de interpretar a convenção e processar as leis nacionais à luz desta legislação, em casos contenciosos ou em uma mera consulta, terá o princípio o mesmo valor da norma interpretada. (Tradução livre).

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Cfr. Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII. (Tradução livre).

Se fundamentam, ainda, no posicionamento do Tribunal Constitucional da Bolívia que determinam a Convenção Americana de Direitos Humanos como norma que compõe o “bloque de constitucionalidad”, nos seguintes termos:

:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.²⁹⁴

Continua, ademais, a fundamentação da Corte Interamericana, ao fazer referência à Suprema Corte de Justiça da República Dominicana que estabelece o caráter vinculante para o Estado Dominicano as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a interpretação dada pela Corte Interamericana. Vale a transcrição:

en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.²⁹⁵

Demonstra ainda a decisão o fato de que a Corte Constitucional do Estado da Colômbia entende que os direitos e deveres constitucionais devem ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados no estado, bem como que a jurisprudência das chamadas “instâncias internacionais” constituem um critério hermenêutico para que se estabeleça o sentido das normas constitucionais de direitos fundamentais. Percebe-

²⁹⁴ Na verdade, o Pacto de San José da Costa Rica, como uma norma que compõe o bloco de constitucionalidade, está constituído em três partes essenciais, estritamente ligadas umas às outras: a primeira, que compreende o preâmbulo, a segunda denominada de dogmática e o terceiro relativo à parte orgânica. Precisamente, o Capítulo VIII deste instrumento regula a Corte Interamericana de Direitos Humanos, portanto, seguindo um critério de interpretação constitucional "sistêmico", deve ser estabelecido que este órgão e, portanto, as decisões que dele emanam são parte também neste bloco constitucional. (Tradução livre).

Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente No. 2006- 13381-27-RAC), apartado III.3.sobre “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

²⁹⁵ Por conseguinte, são vinculativas para o Estado dominicano e, portanto, para o Judiciário, não só as regras da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas suas interpretações dadas pelos tribunais, criadas como um meio de proteção, como o seu artigo 33º, que confere competência para conhecer as questões relacionadas com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados partes. (Tradução livre).

Suprema Corte de Justicia de República Dominicana. Resolución No. 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.

se aqui, que os tratados de direitos humanos possuem um caráter tão forte que servem como norteadores para as disposições constitucionais do Estado da Colômbia.

232. Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.²⁹⁶

A partir de toda a jurisprudência citada, bem como da doutrina internacional analisada, vislumbra-se que a grande maioria dos países da América Latina já aplica o mecanismo do Controle de Convencionalidade, atribuindo uma grande importância aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, bem como às decisões da Corte Interamericana de Direitos.

Percebe-se que deve haver aqui verdadeiras interações judiciais transnacionais entre as próprias Cortes Supremas da América Latina e entre estas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, devendo ser observada essa interação também pelo Poder judiciário brasileiro. Neste sentido estabelece, em trabalho específico, Vítor Soliano:

O que se quer dizer é que a *forma de construção de decisões judiciais* não se encontra exclusivamente atrelada a elementos diretamente extraídos da ordem jurídica respectiva. Através das interações judiciais transnacionais, os elementos desta ordem são rearticulados e ressignificados através de perspectivas advindas de fora da ordem.²⁹⁷

Todavia, o Controle de Convencionalidade ainda não possui grande aplicação no direito brasileiro, sendo ainda desconhecido por grande parcela dos operadores do direito. Não se visualiza, ademais, a utilização do instituto em Decisões dos Tribunais brasileiros ou Juízes singulares, demonstrando que um mecanismo tão importante na efetivação dos direitos humanos fundamentais não está sendo útil para o sistema jurídico brasileiro.

Faz-se necessária a verificação da compatibilidade da aplicação do referido controle no ordenamento jurídico pátrio. Deste modo, de maneira específica, será verificada a

²⁹⁶ Além disso, a Corte Constitucional da Colômbia tem assinalado que, em virtude do fato que a Constituição colombiana afirma que os direitos e deveres constitucionais devem ser interpretados "de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia" se deriva "que a jurisprudência das instâncias internacionais, responsáveis pela interpretação desses tratados, é um critério hermenéutico relevante para estabelecer o significado das disposições constitucionais sobre os direitos fundamentais. (Tradução livre). I/A Court H.R., Case of Cabrera García and Montiel-Flores v. Mexico. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 26, 2010 Series C No. 220. p 88.

²⁹⁷ PEREIRA. Vítor Moreno Soliano. *Interações judiciais transnacionais em matéria constitucional*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2014. p. 136.

compatibilidade do instituto para que sejam efetivados os direitos fundamentais no Brasil. Somente deste modo é que o Estado brasileiro acompanhará a evolução da América Latina no que tange aos direitos humanos internacionais.

5. A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Foi possível verificar, a partir deste estudo que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, já é possível verificar a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade, mesmo que com sua parametricidade reduzida, devendo ser aplicado, ademais, o denominado controle de suprallegalidade.

Conforme voto do Ministro Teori Zavascki,²⁹⁸ vislumbra-se que o controle de convencionalidade deve ser aplicado salientando que, com relação ao tema das audiências de custódia, considerando a hierarquia dos tratados definida pelo Supremo, o controle deve ser exercido, aferindo-se a compatibilidade entre a norma legal e a suprallegal.

Valério Mazzuoli correlaciona o conceito do Controle de Convencionalidade com a sua concepção acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos:

Dessa inovação advinda da EC 45 veio à tona (e passou a ter visibilidade entre nós) um novo tipo de controle das normas de Direito interno: o controle de *convencionalidade* das leis, que nada mais é do que o processo de compatibilização vertical (sobretudo *material*) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos. À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5.º, § 3º), é lícito entender que o clássico “controle de constitucionalidade” deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle (“de convencionalidade”) da produção e aplicação da normatividade interna.²⁹⁹

A Constituição Federal é a norma fundamental do nosso ordenamento jurídico. Estabelece preceitos fundamentais, a organização do Estado, dos poderes, garante direitos e garantias individuais e sociais, bem como estabelece objetivos da República Federativa do Brasil. Estando a Constituição Federal no topo da “pirâmide” do ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma disposição infraconstitucional pode contrariar o disposto na norma fundamental brasileira. Neste sentido, é importante verificar a aplicação prática da aplicação do mecanismo do controle de convencionalidade.

5.1. CASOS CONCRETOS QUE EVIDENCIAM A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Verificada a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária a análise de casos concretos que demonstram

²⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5240, 20 de agosto de 2015

²⁹⁹ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Método. 2015. p. 240.

a importância do mecanismo, bem como o avanço que este pode proporcionar no que se refere aos direitos humanos.

O caso concreto mais emblemático para estudo é o do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 466.343-SP em que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a alegação da inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, sendo discutido, para tanto, o disposto no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal.

Nesta decisão houve, ainda, o estabelecimento da já discutida teoria da supralegalidade dos tratados internacionais não incorporados pelo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição. Como a Convenção Americana de Direitos Humanos foi promulgada por Decreto Legislativo no ano de 1992, isto é, anteriormente à Emenda Constitucional 45/2004, esta não passou pela votação de *quorum* qualificado previsto, possuindo, portanto, segundo o Supremo Tribunal Federal o status de supralegal e infraconstitucional.

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, em seu artigo 7º, que trata do direito da liberdade pessoal que ninguém deve ser detido por dívidas, salvo em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. De forma diversa, estabelece o artigo LXVII que não haverá prisão civil por dívida, salvo em casos específicos de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, elencando aqui uma hipótese a mais de prisão civil por dívida. O Código Civil ainda prevê no seu artigo 652 a possibilidade da prisão do depositário infiel, havendo, aqui, uma contradição entre a Lei Civil e a Convenção Americana.

Com a referida decisão do Supremo Tribunal Federal e tendo em vista o caráter supralegal dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, o artigo 652 do Código Civil teve a sua eficácia paralisada. Neste sentido é o que estabelece o Ministro Gilmar Mendes:

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.³⁰⁰

Todavia, como foi decidido pela infraconstitucionalidade da Convenção Americana, como compatibilizar o disposto na Constituição Federal ao que prevê a Convenção Americana?

³⁰⁰ MENDES, Gilmar. Voto Vogal do Acórdão do Recurso Extraordinário 466.343-SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 de out. de 2016. p. 28.

Para resolver este “conflito” o Supremo editou a Súmula Vinculante 25 que estabelece que “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”³⁰¹.

Deste modo, pelo fato de não entender pelo caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional 45/2004, utilizou-se o Supremo de uma ferramenta diferenciada, declarando, simplesmente, a inaplicabilidade de parte da norma originária da Constituição Federal. Este caso ratifica um entendimento que enseja o questionamento da referida decisão de infraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo rito previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal e demonstra que o ordenamento jurídico da Argentina evidencia uma maior preocupação, teórica e prática, com relação à efetivação dos direitos humanos.

O caso que envolveu a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes também evidencia, de forma indireta, a importância da aplicação do Controle de Convencionalidade ao ordenamento jurídico interno. Em um breve resumo, Maria da Penha foi vítima de tentativa de homicídio, tendo seu marido, Marco Antônio Heredia Viveiros com um tiro de arma de fogo, pelas costas, enquanto dormia, tendo deixado a vítima paraplégica. O ofensor foi condenado pelo crime, todavia devido à mecanismos processuais usufruiu da liberdade.³⁰²

No ano de 1994, a farmacêutica publicou o livro intitulado “Sobrevivi... Posso Contar” que foi instrumento para que no ano de 1998, o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, bem como o Centro pela Justiça e o Direito Internacional denunciassessem o Estado brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.

Denunciou-se a violação dos artigos 1(1) que prevê a obrigação de respeitar os direitos humanos fundamentais, o 8 que estabelece as Garantias judiciais, o artigo 24 que sustenta a isonomia, bem como o artigo 25 da Proteção judicial, todos estes da Convenção Americana, fundamentou-se, ademais, a denúncia, nos artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Ademais, foi invocada a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher) nos seus artigos 3, 4, 5 e 7.³⁰³

³⁰¹ Supremo tribunal Federal. Súmula vinculante 25. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>> Acesso em: 16 de out. de 2016.

³⁰² Instituto Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.mariadapenha.org.br/index.php/quemosomos/maria-da-penha>>. Acesso em: 16 de out. de 2016.

³⁰³ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório N° 54/01* Caso 12.051 Maria Da Penha Maia Fernandes Brasil. 4 de Abril de 2001. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 16 de out. de 2016.

Após a análise do caso, a Comissão Interamericana listou diversas recomendações ao Estado brasileiro, dentre estas, completar de forma rápida e efetiva o processamento penal do caso em questão, proceder com sérias investigações aos atrasos injustificados, reparar a vítima de maneira simbólica e material, bem como prosseguir e intensificar o processo de reforma para que se evite a tolerância estatal e a violência doméstica familiar.

Ora, se o sistema jurídico brasileiro observasse os já citados tratados internacionais de direitos humanos, perceberia-se a necessidade de adequar o ordenamento interno ao que dispõem as normas internacionais. Com o controle de convencionalidade tendo como parâmetro o referido tratado, poderia ser ajuizada, conforme entendimento já demonstrado aqui, uma espécie de “Ação Direta de Inconvencionalidade por Omissão”, para que fosse regulamentada a proteção à mulher. Deste modo, haveria uma menor probabilidade de o Estado brasileiro ter sido recomendado pela Comissão Interamericana e principalmente ter permitido a violação dos direitos humanos fundamentais da mulher. O fato é que somente após o Relatório da Comissão que foram criados os mecanismos para coibir a violência doméstica familiar contra a mulher pela Lei nº 11.343 de 07 de agosto de 2006.

O caso *Gomes Lund et al. V. Brasil* evidencia, de forma clara, a contribuição que o mecanismo do controle de convencionalidade oferece ao ordenamento jurídico brasileiro, para sejam efetivados os direitos humanos fundamentais. O já discutido caso que deve ser retomado resume-se na execução de guerrilheiros militantes do Partido Comunista do Brasil que estavam reunidos na região do rio Araguaia, no ano de 1973 pelos órgãos de repressão do governo militar brasileiro. Foi editada a lei de Anistia que extinguiu a possibilidade de punibilidade aos criminosos pelo sistema jurídico brasileiro. Foi, portanto, ingressada uma Ação Civil Pública contra o Estado brasileiro que foi inefetiva.

Ao recorrer-se das “instâncias internacionais” a Corte Interamericana de Direitos estabelece, de forma explícita, que o Brasil deve aplicar o mecanismo do controle de convencionalidade para que não ocorram casos de violação aos direitos humanos fundamentais. Salientaram, ademais, que o Supremo Tribunal Federal se manteve omissos quanto à aplicação do controle de convencionalidade e que o Estado brasileiro está obrigado a cumprir as obrigações voluntariamente contraídas. Neste sentido é o entendimento da Corte Interamericana de direitos demonstrado em trecho específico da decisão do caso *Gomes Lund et al. vs. Brasil* já transcrito no presente trabalho.

Porém, em determinadas situações, o Brasil se atentou às tendências internacionais para a proteção dos direitos fundamentais. O processo de elaboração da Convenção sobre os Direitos

da Criança, na década de 1980 estimulou a constituinte brasileira a inserir o artigo 227 da Constituição Federal que proporcionou a mudança da doutrina aplicada no Brasil que era a da situação irregular, passando a ser a da proteção integral.

Neste sentido, com a Convenção dos Direitos da Criança adotada pelas Nações Unidas no ano de 1989³⁰⁴, mesmo antes de ter a promulgado pelo Decreto Legislativo de nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990, o Brasil, no mesmo ano, na data de 13 de julho promulgou a Lei 8.069 conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Há a possibilidade, neste caso, da utilização do mecanismo do controle de convencionalidade ou de supralegalidade (pela teoria do Supremo Tribunal Federal) do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo como parâmetro a Convenção sobre os Direitos da Criança, caso necessário.

Percebe-se, ademais, na seara trabalhista do direito, que o Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o Recurso de Revista RR-1072-72.2011.5.02.0384 na data de 24 de setembro de 2014 aplicou o controle de convencionalidade difuso, estabelecendo, de forma unânime, a inconvenção do artigo 193, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho por violar as Convenções 148³⁰⁵ e 155³⁰⁶ da organização internacional do Trabalho. O referido parágrafo do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê que “§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.”³⁰⁷ Neste sentido é o voto no Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão:

Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT.³⁰⁸

³⁰⁴ Convenção dos Direitos da Criança. Disponível em <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm> Acesso em: 16 de out. de 2016.

³⁰⁵ Convenção 148 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/500>> Acesso em: 16 de outubro de 2016. Acesso em 16 de out. de 2016.

³⁰⁶ Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/504>> Acesso em: 16 de outubro de 2016.

³⁰⁷ Consolidação das leis do Trabalho. Art. 193, § 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 16 de out. de 2016.

³⁰⁸ Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 1072-72.2011.5.02.0384 Data de Julgamento: 24/09/2014, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>> Acesso em: 16 de out. de 2016.

Deste modo, percebe-se que o Tribunal Superior do Trabalho cumpriu o quanto determinado pela Corte Interamericana ao aplicar o controle de convencionalidade na modalidade difusa, promovendo desta forma a aplicação dos direitos humanos fundamentais. Esse caso concreto evidencia a importância do citado mecanismo, sendo tutelado o próprio trabalho que constitui-se em “um valor básico da vida humana”.³⁰⁹

Como já abordado, o ordenamento jurídico constitucional brasileiro já possui como equivalente à emenda constitucional a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como o seu Protocolo Facultativo, ambos promulgados pelo Decreto Legislativo nº 6.949 de 2009 e aprovados pelo *quorum* qualificado.

Neste sentido já foi instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de 2015) que, conforme o seu artigo 1º, parágrafo único, possui como base a Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo. No caso de determinada disposição da Lei ser incompatível com a Convenção, deverá ser aplicado o controle de convencionalidade na modalidade difusa ou concentrada, tendo em vista que até o Supremo Tribunal Federal reconhece o status constitucional da referida Convenção. Com a utilização destes diplomas normativos o Brasil possui um instrumento importante para que não ocorram mais casos como o de Damião Ximenes Lopes³¹⁰ com o desrespeito dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Em decisão recente do Supremo Tribunal Federal, é possível visualizar o caráter fundamental da aplicação do controle de convencionalidade. Trata-se do Habeas Corpus de nº 126292, que foi julgado na sessão da data de 17 de fevereiro de 2016, tendo entendido a nossa Suprema Corte a possibilidade a execução antecipada da pena condenatória, após decisão de segundo grau.

Ora, o artigo 5º, inciso LVII é expresso ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.³¹¹ Neste sentido é a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, reafirmando o já consagrado princípio da presunção de inocência no seu artigo 8 (2): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se

³⁰⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito ao Trabalho*. Direitos Constitucionalizados / coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 355.

³¹⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes versus Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf> Acesso em: 16 de out. de 2016.

³¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º, inciso LVII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 de out. de 2016.

presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”³¹² Diante disso, afirma categoricamente, Rômulo de Andrade Moreira que “A decisão do Supremo Tribunal Federal representa afronta à jurisprudência do Supremo e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal)”.³¹³ Como se não bastasse, o Código de Processo Penal prevê em seu artigo 283 que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.³¹⁴

A Decisão ainda foi ratificada pela própria Corte Suprema nas decisões das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 do Distrito Federal em que os autores das ações, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) alegaram que o julgamento do Habeas Corpus nº 126292 vem gerando grande controvérsia jurisprudencial no que tange ao princípio da presunção de inocência. Entretanto, o Supremo continuou com o entendimento de que não há o impedimento do início da execução antecipada da pena após condenação em segunda instância tendo sido realizado o julgamento em outubro de 2016. Conclui-se, deste modo, que o controle de convencionalidade pode também contribuir de forma significativa no que tange a determinadas decisões do Poder Judiciário.

É possível verificar que, caso a parametricidade do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico brasileiro se aproximasse da utilizada pelo ordenamento argentino, haveria a possibilidade de um controle mais amplo e efetivo nos casos em estudo, com a utilização do controle na sua modalidade concentrada e difusa, com uma parametricidade ampla, o que, sem dúvidas, contribuiria para um sistema nacional de defesa dos direitos humanos mais efetivo.

³¹² Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969. Artigo 8 (2). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 29 de out. de 2016.

³¹³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. 2016.

³¹⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Artigo 283. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 29 de out. de 2016.

5.2. AS ESPÉCIES DE CONTROLE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS A DEPENDER DA PARAMETRICIDADE ADOTADA.

A partir dos ensinamentos dos operadores do direito no que tange à hierarquia normativa dos tratados internacionais, vislumbra-se que é possível a instauração de um sistema que possui três níveis de controle com relação ao ordenamento jurídico interno. A teoria da supralegalidade e infraconstitucionalidade, definida pelo Supremo Tribunal Federal possibilita a aplicação do controle de supralegalidade. Porém, a partir do estabelecido por Valério Mazzuoli, também é possível verificar a presença do mecanismo do controle de supralegalidade, porém de uma maneira completamente diferente.

O Supremo, como já discutido, decidiu pela supralegalidade e infraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo procedimento previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, pelo caráter constitucional dos tratados de direitos humanos aprovados nos referidos ditames, bem como pela atribuição do status de lei ordinária aos tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos.

Já parte da doutrina moderna, representada por Valerio Mazzuoli, defende a atribuição do caráter constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, por força do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, bem como o caráter supralegal e infraconstitucional aos tratados internacionais comuns.

Vislumbra-se, deste modo, a possibilidade da aplicação do controle de supralegalidade, de constitucionalidade, bem como de convencionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, há aqui um verdadeiro sistema de três formas de controle ao ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, a partir da teoria utilizada os parâmetros serão completamente diferentes. É lógico que, o que é válido ao nosso ordenamento é justamente o entendimento da nossa Suprema Corte. Contudo, a proposta doutrinária possui grande influência nos operadores dos direito e propõe uma maior proteção aos direitos humanos fundamentais, sendo necessária, portanto a avaliação desta no ordenamento interno.

Com a teoria definida pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se exercer, além do controle de constitucionalidade, um controle de convencionalidade, tendo como parâmetro os tratados de direitos humanos não incorporados pelo procedimento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. O controle de supralegalidade deve também ser exercido, sendo utilizado, como

parâmetro, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos que não passaram pelo referido procedimento.

Já com a teoria proposta pela doutrina, além do controle de constitucionalidade, deve ser aplicado, ao ordenamento jurídico brasileiro, o controle de convencionalidade, tendo como parâmetro, aqui, todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, independentemente do *quorum* de votação respectivo.

Neste sentido é o que estabelece Valério Mazzuoli:

Portanto, a ideia que se irá defender nas páginas abaixo é a seguinte: quer tenham os tratados de direitos humanos “status de norma constitucional” (Inos termos do art. 5.º, § 2.º, da Constituição), quer sejam “equivalentes às emendas constitucionais” (posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5.º, § 3.º), em ambos os casos serão eles paradigma de controle das normas domésticas brasileiras, ao que de nomina de controle de convencionalidade das leis (em suas modalidades *difusa* e *concentrada*).³¹⁵

O controle de supralegalidade, para esta parte da doutrina, seria também aplicado, todavia, os parâmetros de controle devem ser os tratados internacionais comuns, ou seja, os que não versam sobre direitos humanos. Mazzuoli defende que os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos possuem status superior às leis brasileiras, não podendo ser revogados por lei interna posterior. Alega, o autor, que “os tratados internacionais comuns (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm status superior ao das leis internas no Brasil”³¹⁶, justificando, desta forma, a incidência do controle de supralegalidade.

Fundamenta-se, neste sentido, no artigo 98 do Código Tributário Nacional que estabelece que “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.³¹⁷ Ora, com a interpretação do referido artigo, vislumbra-se que o Código Tributário Nacional consagra a prevalência dos Tratados Internacionais com relação às Leis internas, não existindo relação de revogação de um dispositivo para com o outro por fator temporal, mas sim pelo caráter supralegal dos Tratados Internacionais, independentemente da matéria versada.

Ora, vislumbra-se que o Código de Processo Civil de 2015 ratifica a ideia supralegalidade dos tratados internacionais comuns ao estabelecer no seu artigo 13 que “A

³¹⁵ MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 80.

³¹⁶ MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 80.

³¹⁷ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2015.

jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.”³¹⁸ Percebe-se, deste modo, que o Protocolo de Las Lenhas possui, aparentemente, caráter de supralegal e infraconstitucional como prevê o próprio diploma processual interno.³¹⁹

Necessária é a análise do artigo 29, b, da Convenção Americana de Direitos que prevê que a interpretação das disposições não pode ser realizada no sentido de limitar o exercício dos direitos humanos fundamentais:

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

[...]

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;³²⁰

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, do ano de 1969, promulgada no Brasil pelo decreto legislativo nº 7.030 de 2009 ainda estabelece, no seu artigo 27 que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”³²¹ Este fator ratifica o entendimento de que os tratados internacionais possuem status de supralegais, independentemente do teor apresentado.

Dispositivos Constitucionais ainda corroboram a força do entendimento citado. O artigo 4º, inciso II da Carta Magna consagra o princípio da prevalência dos direitos humanos. Neste mesmo sentido, o artigo 5º, § 2º ressalta a importância que possuem os tratados internacionais.

De forma sintética, estabelece Mazzuoli:

Portanto, de volta ao caso dos tratados *comuns*, pensamos que os conflitos entre eles e as normas infraconstitucionais devem ser resolvidos pelo critério *hierárquico*. Dessa forma, havendo conflito entre tratados comuns (que têm nível *supralegal* no Brasil) e leis internas, os juízes e tribunais nacionais deverão recusar-se a aplicar a norma infraconstitucional violadora do tratado, enquanto este vincular o Estado. Eis aqui a aplicação do *controle de supralegalidade* das normas de direito doméstico em relação aos tratados internacionais comuns.³²²

³¹⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. LEI Nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Artigo 13. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 30 de out. de 2016.

³¹⁹ PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 137.

³²⁰ Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 18 de outubro de 2016.

³²¹ BRASIL. Decreto Nº 7.030, De 14 De Dezembro De 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 18 de out. de 2016.

³²² MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 180.

Para o Supremo Tribunal Federal, os tratados comuns possuem status de Lei Ordinária. Esse entendimento enseja, ao mínimo, em uma problemática que reside nos eventuais conflitos entre a Lei Ordinária e o Tratado Internacional comum. Será que qualquer Lei posterior pode revogar um pacto realizado entre o Estado brasileiro e outro país? Esse entendimento contribui para que os demais países tenham confiança no Estado brasileiro? É um fator que merece reflexão.

André Menezes, por sua vez, afirma a irrelevância da posição hierárquica da Convenção Americana de Direitos na ordem interna. Explicita que em sede internacional da proteção dos direitos humanos, não há importância se os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter constitucional, infraconstitucional e supralegal ou legal. De forma diversa, aduz o autor que à luz do direito internacional os Estados devem cumprir os seus compromissos de boa-fé, não podendo ser a legislação nacional invocada no sentido de justificar o descumprimento.³²³

O fato é que, independentemente de qual teoria se utilize, é possível enxergar a presença de um controle de supralegalidade, sendo necessária a sua compreensão, bem como o entendimento de que há no ordenamento jurídico brasileiro a aplicação de um sistema que submete as leis internas a três espécies de controle, sendo estas a do controle de constitucionalidade, a do controle de convencionalidade e, por fim, a do controle de supralegalidade.

5.3. A APLICAÇÃO DO MECANISMO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO EXECUTIVO E LEGISLATIVO.

Até aqui foi discutido e dissertado acerca do mecanismo do controle jurisdicional de convencionalidade das leis. Entende-se que a aplicação do referido controle é de extrema importância para a efetivação dos direitos humanos fundamentais. Aqui, o Poder Judiciário, como um todo (juízos singulares e tribunais), deverá, obrigatoriamente, controlar as leis internas e atos do poder público, tendo como parâmetro os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

³²³ MENEZES, André Felipe Barbosa de. *Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2009. p. 213.

Indiscutivelmente, no momento que um tratado internacional é incorporado ao ordenamento constitucional formal, de forma equivalente às emendas constitucionais, poderá ser parâmetro de ações de controle de convencionalidade, possibilitando um verdadeiro controle concentrado das normas internas. Esse controle também deverá ser feito de forma difusa, pelos juízes singulares, tendo neste caso, eficácia *Inter Partes*.

Todavia, o Poder legislativo, bem como o executivo possuem papéis importantes na aplicação do controle de convencionalidade. A partir do momento em que determinado acordo internacional possui status constitucional, os três poderes possuem a obrigação de observá-los.

É sabido que o Poder Legislativo controla a constitucionalidade das leis, de forma preventiva, por meio do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal). Deste modo, além da constitucionalidade, o Congresso Nacional deve verificar a convencionalidade dos Projetos de Lei em trâmite para que nenhuma lei venha a contrariar o disposto nos tratados internacionais de direitos humanos que tenham caráter constitucional.

Neste sentido, poderia se pensar em um controle de suprallegalidade preventivo, também exercido pelo Poder Legislativo. No momento em que houver uma inconvenção em determinado Projeto de lei, este deverá ser rejeitado pelo Congresso Nacional.³²⁴ Este fator ocorre pelo fato de que o sistema de jurisdição no Brasil é bastante complexo, autorizando, ainda, o controle preventivo no que se refere aos projetos de lei através do Poder Legislativo e do Poder Executivo se houver o vício fundado em inconstitucionalidade³²⁵ e, de forma consequente, fundado em inconvenção.

Conclui-se, deste modo, que do mesmo modo que um representante do Congresso Nacional pode (e deve) apresentar um Mandado de Segurança Parlamentar quando visualiza uma irregularidade formal no processo legislativo que contrarie a Constituição Federal, o mesmo deverá impetrar um Mandado de Segurança assim que for identificado uma irregularidade formal no aludido processo que disponha de forma contrária ao estabelecido em determinado tratado internacional de direitos humanos que possua equivalência a emenda constitucional.

Diante disso, o parlamento brasileiro deverá se acostumar a verificar, além da constitucionalidade dos Projetos de Lei, a convencionalidade destes, de forma que se evite uma futura necessidade de declaração pelo controle jurisdicional de convencionalidade. Ademais, o

³²⁴ MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 188.

³²⁵ LEÃO, Adroaldo. *Direito à Jurisdição Constitucional Democrática*. Direitos Constitucionalizados: Coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 09.

Poder Executivo deve respeitar os tratados internacionais de direitos humanos de forma especial exercendo o veto aos projetos de lei que forem inconventionais. A Constituição Federal prevê, em seu artigo 66, § 1º que:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.³²⁶

Percebe-se que a Constituição permite o veto em duas hipóteses, quais sejam, que o projeto de lei seja inconstitucional ou contrário ao interesse público. Desta forma, os tratados internacionais que tenham sido aprovados nos ditames do artigo 5º, § 3º da Constituição devem ser considerados pelo membro do executivo ao decidir entre a sanção e veto do projeto de lei em análise.

Vislumbra-se, ademais, que o segundo critério de permissão possibilita uma discricionariedade maior ao membro do executivo, podendo este vetar determinado projeto de lei que contrarie quaisquer dos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos mesmo que o governo entenda que este possui caráter apenas supralegal. Os tratados que versam sobre direitos humanos sempre, ou na grande maioria das vezes, estarão de acordo com o interesse público. Desta forma, uma lei que contrarie o tratado internacional, prejudicaria o interesse público.³²⁷

Deste modo, o administrador público deve, de forma obrigatória observar se determinado projeto de lei é inconventional com o objetivo de não permitir a violação dos direitos fundamentais no Brasil, bem como da desnecessária movimentação da máquina judiciária para que se exerça um controle de convencionalidade posterior. Deve a administração pública, ademais, observar as normas internacionais referidas em vigor no país “ao expedir quaisquer atos administrativos e celebrar contratos administrativos, submetendo suas decisões ao crivo de compatibilidade material desses tratados, bem assim (quando tal for possível) da Jurisprudência da Corte Interamericana [...]”³²⁸.

³²⁶ BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 de out. de 2016.

³²⁷ MAZZUOLI, Valério. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 188 e 189.

³²⁸ *Ibid.* p. 189.

Diante disso, percebe-se que tanto o poder judiciário, quanto os poderes legislativo e executivo possuem papéis determinantes e fundamentais para a aplicação do controle de convencionalidade para que sejam efetivados os direitos humanos. Vale salientar que ao tratar-se aqui do Poder Legislativo, deve-se levar em consideração, além do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), os Deputados Estaduais e Vereadores. Inclui-se, ademais, ao Poder Executivo, além do Presidente da República, os Governadores e Prefeitos.

5.4. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO COM RELAÇÃO À APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

O Estado brasileiro é signatário de diversos tratados internacionais, sendo estes ratificados e incorporados pelo ordenamento jurídico interno de forma livre e espontânea. O ato voluntário implica em obrigações que o Estado deve se submeter para que sejam cumpridas as normativas internacionais. É sabido que um dos princípios basilares do direito internacional é que um Estado tem a obrigação de reparar eventual dano decorrente da violação de suas obrigações internacionais.³²⁹ Muitas das vezes esse dano pode ocorrer devido ao fato desse Estado se quedar inerte perante o exercício do mecanismo do controle de convencionalidade.

Como amplamente discutido, o Brasil ratificou a convenção americana de direitos que estabelece diversos fatores que o Estado brasileiro deve observar. A intérprete última da Convenção já se posicionou, em caso já estudado (Gomes Lund et al. V. Brasil), de forma explícita, que o Brasil não aplicou o mecanismo do controle de convencionalidade, violando a jurisprudência da Corte, bem como as normativas estabelecidas na Convenção.

Aduz, ademais, a Corte, que o Estado brasileiro está obrigado a cumprir as obrigações voluntariamente contraídas, devendo, portanto, aplicar o referido controle. Extraí-se este entendimento no já citado parágrafo 177 da decisão do caso Gomes Lund et al. vs. Brasil já transcrito nas páginas 73 e 74 do presente trabalho.

Com relação à aplicação do Controle de Convencionalidade no Estado brasileiro, vislumbra-se que a grande maioria dos operadores do direito nem conhecem o mecanismo, não havendo grandes discussões com relação à doutrina, mas tão somente raríssima menção na nossa jurisprudência.

³²⁹ MENEZES. André Felipe Barbosa de. *Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2009. p. 157.

Deste modo, o Estado brasileiro, que já sofreu algumas condenações pela Corte Interamericana de Direitos, passa a ir de encontro com a tendência da América Latina de observar as normativas internacionais de direitos humanos, os pareceres da Comissão Interamericana, bem como os julgados da Corte Interamericana. Neste sentido, sem a aplicação do mecanismo tão importante para a efetivação dos direitos humanos, o Estado brasileiro passa uma imagem ao planeta de que não objetiva, de forma absoluta e incontestável, a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Discussões apresentadas aqui, como a recente decisão do Supremo acerca do cumprimento antecipado da pena, ainda despertam uma grande dúvida nos brasileiros, bem como no Sistema interamericano de Direitos Humanos no sentido da real observância estatal aos direitos humanos fundamentais já estabelecidos e ratificados.

Caso os tratados internacionais de direitos humanos não sejam observados como normativas que devem moldar o ordenamento jurídico brasileiro, bem como nortear as decisões jurisdicionais, o Estado brasileiro, deste modo, poderá ter que arcar com mais indenizações oriundas de decisões desfavoráveis proferidas pela Corte Interamericana, evidenciando ao sistema global, a deficiência que ainda possui o Estado brasileiro com relação à efetivação dos direitos fundamentais. Havendo determinada vítima oriunda de eventuais desrespeitos aos seus direitos fundamentais pelo não cumprimento estatal de suas obrigações, deve o respectivo Estado agir no sentido de reparar a vítima ao *status quo ante*. Andre Menezes relaciona o mecanismo do controle de convencionalidade com o *restitutio in integrum*, sendo aquele um instrumento deste ao afirmar:

No contexto do controle de convencionalidade de ato de natureza legislativa, como consequência lógica do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado Brasileiro, deverá ser ordenada a imediata cessação do ato violador mediante a adequação da legislação brasileira à Convenção Americana.

Em se tratando de violação por edição de legislação interna contrária à Convenção Americana, pouco importa a forma pela qual o Estado promoverá a necessária adequação legislativa, desde que faça com efetividade. [...] É certo, porém, que qualquer via eleita deverá restabelecer sempre o *status quo ante*.³³⁰

Porém, o mais grave, é o fato de que o Estado poderá, ainda, manter-se inerte aos diários desrespeitos aos direitos humanos dos próprios cidadãos brasileiros. Os diplomas normativos que não se tornam eficazes não cumprem o seu objetivo. No Brasil, deve-se trabalhar para que

³³⁰ MENEZES, André Felipe Barbosa de. *Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2009. p. 181.

a Constituição Federal, bem como os demais diplomas de direitos humanos sejam efetivados. Este fator, como discutido alhures, só ocorrerá a partir da contribuição harmônica dos três poderes do Estado.

A responsabilização do Estado brasileiro por eventuais prejuízos causados pela não observância no disposto nos tratados internacionais e na jurisprudência da Corte Interamericana é o mecanismo utilizado pela própria Corte para, além de tentar reduzir os prejuízos da vítima, buscar a evolução do sistema brasileiro de proteção aos direitos humanos. Desta forma, percebe-se que se os poderes continuarem inertes à aplicação do mecanismo do controle de convencionalidade, já tomado como de realização obrigatória no entendimento da Corte, o Estado poderá ser cada vez mais responsabilizado, não somente de forma pecuniária. Diante disso, é necessário que o Poder Judiciário aplique o mecanismo do controle de convencionalidade para que sejam efetivados os direitos humanos fundamentais.

Importante salientar que, para que o Estado brasileiro cumpra com as determinações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como visto, é necessário que os tratados internacionais de direitos humanos, principalmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, sejam utilizados como parâmetro de controle de convencionalidade, de forma obrigatória, sendo observado, ademais, as disposições da jurisprudência da Corte Interamericana, fator que, como é possível verificar em casos concretos, como o caso Gomes Lund, ainda não ocorre no Brasil.

6. CONCLUSÃO

O propósito desta pesquisa foi investigar a aplicabilidade do mecanismo do controle de convencionalidade, verificando-se a parametricidade do referido controle no âmbito do ordenamento jurídico do Brasil e da Argentina.

No segundo capítulo, objetivou-se delimitar o conceito dos direitos fundamentais, bem como de direitos humanos. Após uma série de diferenciações e conceituações, pôde-se concluir que os direitos fundamentais são os mais essenciais para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, se diferenciando dos direitos humanos apenas pelo fato de que enquanto estes encontram-se positivados em diplomas internacionais, aqueles se encontram positivados na Constituição interna de determinado Estado.

Discutiu-se, ademais, no segundo capítulo, a importância dos tratados internacionais no que se refere aos direitos fundamentais decorrentes e expressos na Constituição que ampliam o rol de direitos integrantes do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, foi evidenciada a importância da jurisdição constitucional para a efetivação dos direitos humanos fundamentais e para a aplicação do controle de convencionalidade.

Neste sentido, foi demonstrada a divergência insolúvel entre o entendimento do Supremo Tribunal Federal e das diferentes posições doutrinárias no que tange à hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos. Foi verificado que o Supremo já decidiu no sentido da supralegalidade e infraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos que não se submeteram ao procedimento previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, sendo os tratados em questão, votados conforme o procedimento citado, detentores do status de equivalência às Emendas Constitucionais. A referida decisão modificou o antigo entendimento da Suprema Corte que entendia que os tratados internacionais de direitos humanos possuíam status de lei ordinária.

Grande parte da doutrina, de forma completamente diferente, entende que os tratados que versam sobre direitos humanos já possuem status materialmente constitucional, independentemente do procedimento a que estes foram submetidos. A grande diferença, por esta teoria é o fato de que, para que o tratado obtenha status formalmente e materialmente constitucional, deveria ser submetido à votação do *quorum* estabelecido no § 3º do artigo 5º da Constituição. Foi ainda verificada a teoria clássica que atribui um status supraconstitucional aos referidos tratados, sendo esta esbarrada na consolidada teoria da supremacia constitucional.

Concluiu-se que a teoria válida no ordenamento jurídico brasileiro é a que atribui status de infraconstitucional e supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos não submetidos ao referido procedimento. Todavia, a teoria defendida pela doutrina garantista possibilita uma maior força aos tratados em questão. O fato é que, mesmo com a teoria definida pela maior quantidade de votos do Supremo o mecanismo do controle jurisdicional da convencionalidade das leis já pode ser aplicado, mesmo que de forma restrita, ao ordenamento jurídico brasileiro, pelo fato de que a Convenção de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência já foi aprovada pelo Congresso Nacional como equivalente às Emendas Constitucionais.

Ao final, foram discutidos os mecanismos essenciais para a efetivação dos direitos humanos utilizados pelo Sistema Interamericano, sendo visualizado, dentre estes, como um dos mais importantes, o do controle jurisdicional da convencionalidade das leis. Concluiu-se que o Sistema Interamericano instaurou um importante mecanismo que deve ser cumprido pelos Estados Partes da Convenção Americana.

No terceiro capítulo, foi estudada a estrutura do Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos fundamentais, evidenciando-se a importância dos órgãos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a efetivação dos direitos humanos no continente americano. Foi abordada a composição dos órgãos, bem como a competência destes, com ênfase às competências consultiva e contenciosa da Corte.

Ademais, o mecanismo do controle de convencionalidade foi discutido, sendo delimitado e conceituado como o mecanismo de compatibilização de atos e leis internas, tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país, devendo ser aplicado nas modalidades difusa e concentrada, assim como o controle de constitucionalidade. Foi ainda verificada a presença do referido controle na jurisprudência da Corte Interamericana, possibilitando a discussão de sua formação, bem como da evolução deste a cada julgado fundamentado no referido mecanismo.

Pôde-se concluir, ademais, com a análise da jurisprudência da Corte que há a obrigatoriedade na aplicação do controle de convencionalidade pelo poder judiciário brasileiro, nas suas modalidades, difusa e concentrada, de ofício, havendo o caráter vinculante das decisões da Corte no que se refere à interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No quarto capítulo, foi possível realizar um estudo comparado entre a parametricidade do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e no argentino,

verificando-se que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, esta parametricidade é composta apenas pela Convenção Internacional de Nova York sobre as pessoas com deficiência, bem como seu protocolo facultativo, únicos diplomas que foram submetidos e aprovados em conformidade com o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal e que já foram promulgados pelo Presidente da República. Vale salientar, novamente, que o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, celebrado na data de 28 de junho de 2013, já foi aprovado no mesmo procedimento, por meio do Decreto Legislativo nº 261, de 2015, dependendo, apenas, do Decreto Presidencial que o promulgue, para ingressar no ordenamento jurídico pátrio e ampliar a parametricidade do controle de convencionalidade, segundo entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal. Conclui-se, deste modo, que diversos diplomas internacionais de extrema importância para a efetivação dos direitos humanos, inclusive a Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado considerado como o mais importante para o Sistema Interamericano, não possuem hierarquia constitucional no ordenamento brasileiro, sendo detentores, tão somente, de status supralegal e infraconstitucional.

Entretanto, a partir da análise do ordenamento jurídico argentino, foi possível verificar que a própria Constituição, no seu artigo 75, inciso 22, estabelece, de forma taxativa, a hierarquia constitucional de dez tratados de direitos humanos, formando, imediatamente, um amplo “bloco de convencionalidade”, sendo possível, ademais, a incorporação de novos tratados internacionais de direitos humanos com a referida hierarquia, por meio de procedimento especial previsto no mesmo artigo.

Outro fator que demonstra a diferença da parametricidade nos dois ordenamentos evidenciados é que, enquanto o Supremo Tribunal Federal brasileiro interpretou os parágrafos 2º e 3º de forma restritiva, como já evidenciado, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, interpreta, de forma ampla, não somente os dispositivos constitucionais, como também, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que já reconheceu o esforço da Corte Argentina na aplicação do controle de convencionalidade e na efetivação dos direitos humanos.

Ademais, enquanto é possível identificar diversas divergências doutrinárias entre os juristas brasileiros, com relação à parametricidade do controle de convencionalidade, bem como com relação à aplicação da sua modalidade concentrada, todos os artigos investigados de autoria de juristas argentinos, demonstram o sólido posicionamento acerca da ampla parametricidade

do controle de convencionalidade. De forma divergente, apenas é possível encontrar contradições entre os posicionamentos doutrinários quando se verifica que alguns dos doutrinadores argentinos defendem que os tratados internacionais são aptos a modificar as disposições da Constituição Argentina, o que é rechaçado por parte da doutrina que defende o status “apenas” constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Foram demonstrados, ainda, casos concretos que evidenciam a necessidade da aplicação do mecanismo internacional de controle ao ordenamento brasileiro. Foi possível concluir, de forma prática, que, caso a parametricidade do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico brasileiro se aproximasse da utilizada pelo ordenamento argentino, haveria a possibilidade de um controle mais amplo e efetivo nos casos em estudo, com a utilização do controle na sua modalidade concentrada e difusa, com uma parametricidade mais substancial, o que, sem dúvidas, contribuiria para um sistema nacional de defesa dos direitos humanos mais efetivo.

Deste modo, verifica-se que o controle de convencionalidade deve ser estudado e aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido demonstradas a possibilidade, bem como a necessidade da sua utilização. Entretanto, é necessário que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal seja repensado de forma crítica, utilizando-se a mais adequada parametricidade do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro para a ampla efetivação dos direitos humanos, possibilitando um controle concentrado e difuso tendo como parâmetro todo e qualquer tratado internacional que declare, ratifique ou que crie determinados direitos humanos. Somente assim, a evolução do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como de determinados Estados da América Latina, no que se refere à efetivação dos direitos em discussão, será acompanhada pelo Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ÁBALOS, Maria Gabriela. Control de constitucionalidad y de convencionalidad: su imprescindible armonización. Derechos humanos y control de convencionalidad. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

ACCIOLY, Hildebrando et al; *Manual de Direito Internacional Público*. 21ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013.

ALVES, Waldir. *Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

AMAYA, Jorge Alejandro. Perspectivas y Prospectivas del Control de Constitucionalidad y Convencionalidad. Problemas de interpretación en el control constitucional y de convencionalidad. Dirigido por Osvaldo A. Gonzáini. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2017.

APPIO, Eduardo. *Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ARENHART. Sérgio Cruz. *O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BARRETO. Rafael. Direitos humanos. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição e tratados internacionais: Alguns Aspectos da Relação entre direito internacional e direito interno*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELAUNDE, Domingo García. MANCHEGO, José Felix Palomino. *El Control de Convencionalidad en el Peru*. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano. Coordenação Luiz Guilherme marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013.

BERNARDO, Leandro Ferreira. ALTHAUS, Ingrid Giachini. O Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma análise das condenações sofridas pelo Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos e do seu cumprimento. O Brasil e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Ingrid Giachini Althaus, Leandro Ferreira Bernardo (org.). São Paulo: Iglu, 2011.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional. A synthese dos principios e a contribuição do Brasil. Tomo II*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 5ª ed. 2012.

_____. *Teoria do Ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011.

BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. Transnormatividade e cosmopolitismo jurídico: interfaces do direito administrativo global. Disponível em:
<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3163/2272>> Acesso em: 20 de ago. de 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil. LEI Nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Artigo 13. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 30 de out. de 2016.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Artigo 283. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 29 de out. de 2016.

_____. Consolidação das leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 16 de out. de 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 de out. de 2016.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 13 de set. de 2016.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 18 de out. de 2016.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 19 de out. de 2015.

CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade: “International Judicial Law Making” e o Diálogo Entre Cortes. Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1999.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

CANTOR, Ernesto Rey. Control de convencionalidad da las leys y derechos humanos. México, D.F.: Porrúa, 2008.

_____. Controles de Convencionalidad de Las Leyes. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em:

<<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/16.pdf>> Acesso em: 27 de set. de 2016.

CARNOTA, Walter F. Control de convencionalidade y activismo judicial. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CASTILHO, Ricardo. *Direito Humanos. Processo histórico – Evolução no mundo, Direitos Fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO, Gina Gouveia Pires. NATHALIA, Thaminne. NETO, Antônio Beserra dos Santos. Controle de constitucionalidade no brasil e argentina – as origens e influências do controle de constitucionalidade sob uma perspectiva comparada. Revista Jurídica Unicuritiba. vol. 04, nº. 49, Curitiba, 2017. pp. 418-439.

CHILE. Código Procesal Penal Chileno. Disponível em:

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>> Acesso em 25 de set. de 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório N° 54/01* Caso 12.051 Maria Da Penha Maia Fernandes Brasil. 4 de Abril de 2001. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 16 de out. de 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS. Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975. Conseil Constitutionnel Français. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions->

depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html> Acesso em: 10 de ago. de 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Preâmbulo. 1969.

Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>

Acesso em: 18 de ago. de 2016.

COOLEY, Thomas M. A treatise on the constitutional limitations. 6. ed. Boston, Brown and Co., 1890.

CORNEJO, Abel. Defesa eficaz y control de convencionalidad. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.

CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA, GRAMAJO MARCELO EDUARDO s/ROBO EN GRADO DE TENTATIVA -CAUSA N° 1573. 05/09/2006. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscar.html>> Acesso em: 25 de out. de 2016.

_____. Caso “Mazzeo, Lulio Lilo y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad, 13 de julio de 2007. p. 16 e 17.

DA CUNHA JR. Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2013.

_____. *A Natureza Material Dos Direitos Fundamentais*. Disponível em:

<<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/a-natureza-material-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior.>> Acesso em: 23 de outubro de 2016.

_____. Entrevista concedida a Matheus Lins Rocha na data de 31 de agosto de 2016.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DANTAS, Miguel Calmon. *Direito à Constitucionalização de Direitos*. Direitos Constitucionalizados/coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Vol I*. 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. Control de Convencionalidad, Derechos y Democracia. Derechos humanos y control de convencionalidad. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

_____. Control de Convencionalidad, control de constitucionalidad e interdicción de la tortura en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El control de convencionalidad. Coordinado por Susana Albanese. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2008.

DULITZKY, Ariel E. *An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*. Texas International Law Journal. Volume 50, Issue 1.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa: direitos políticos e inelegibilidades. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2016.

FORMENTO, Augusto; DELPIAZZO, Jose Miguel. *Primer Reconocimiento Jurisprudencial Del Bloque De Constitucionalidad: Concepto, Importancia, Efectos Jurídicos Y Perspectivas*. Revista De Derecho De La Universidad De Montevideo. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Formento-y-Delpiazzo-Primer-reconocimiento-jurisprudencial-del-bloque-de-constitucionalidad-concepto-importancia-efectos-juridicos-y-perspectivas.pdf>>. Acesso em 28 de set. de 2016>

FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional, democracia e direitos fundamentais*. 1º ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *O §3º do art. 5º da constituição federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil*.

GALLICCHIO, Eduardo G. Esteva. *El control de convencionalidad en Uruguay*. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013.

GIMÉNEZ, Hector. Interpretación conforme y principio pro-homine en el control de convencionalidad. Derechos humanos y control de convencionalidad. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

GONÇALVES, Vinicius de Almeida de Almeida. *A figura do bloco de convencionalidade nas decisões proferidas pela corte interamericana de direitos humanos*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM www.ufsm.br/redevistadireito v. 8, n. 2 / 2013. p. 417.

GUERRA, Sidney. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade. São Paulo: Atlas, 2013.

HENKIN, Louis. *International Law: politics, values and principles*. Boston: Martinus Nijhoff, 1990.

HITTERS, Juan Carlos. *El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la corte interamericana (supervisión supranacional. Cláusula federal)*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

I/A COURT H.R. Caso Gelman Vs. Uruguai - Sentença De 24 De Fevereiro De 2011.

_____. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf> Acesso em: 16 de out. de 2016.

_____. Voto Concurrente Razonado Del Juez Sergio Garcia Ramirez A La Sentencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos En El Caso Tibi Vs. Ecuador, Del 7 De Septiembre De 2004.

_____. Case of "The Last Temptation of Christ" (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 5, 2001. Series C No. 73. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_ing.pdf> Acesso em 22 de set. de 2016.

_____. Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>> Acesso em: 15 de set. de 2016.

_____. Case of Boyce et al. v. Barbados. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 20, 2007. Series C No. 169. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf> Acesso em 22 de set. de 2016.

_____. Case of Cabrera García and Montiel-Flores v. Mexico. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 26, 2010 Series C No. 220. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf> Acesso em 22 de set. de 2016.

_____. Case of Fermín Ramírez v. Guatemala. Monitoring Compliance with Judgment. Order of the Inter-American Court of Human Rights of May 09, 2008. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/supervisiones/Fermin_09_05_08.pdf> Acesso em 22 de set. de 2016.

_____. Case of Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brazil. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 24, 2010. Series C No. 219. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>>. Acesso em: 20 de set. de 2016.

_____. Case of Heliodoro-Portugal v. Panama. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of August 12, 2008. Series C No. 186. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf> Acesso em 22 de set. de 2016.

_____. Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107.

_____. Case of La Cantuta v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 29, 2006. Series C No. 162.

_____. Case of Manuel Cepeda Vargas v. Colombia. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 26, 2010. Series C No. 213. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf> Acesso em 22 de set. de 2016.

_____. Case of Myrna Mack Chang v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2003. Series C No. 101.

_____. Case of the Dismissed Congressional Employees (Aguado - Alfaro et al.) v. Peru. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 24, 2006. Series C No. 158. Disponível em:

<<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>> Acesso em 18 de set. de 2016.

_____., Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf> Acesso em 22 de set. de 2016.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. Disponível em:

<<http://www.mariadapenha.org.br/index.php/quemsomos/maria-da-penha>>. Acesso em: 16 de outubro de 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat. L'Institut de Droit international, Session de Milan – 1993 Disponível em: <http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1993_mil_01_fr.PDF> Acesso em 22 de set. de 2016.

LABRANO, Roberto Ruiz Díaz. El control de convencionalidad, su aplicabilidad en el Mercosur. Derechos humanos y control de convencionalidad. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

LEÃO, Adroaldo. *Direito à Jurisdição Constitucional Democrática*. Direitos Constitucionalizados: Coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de janeiro: Forense, 2005.

LÉRTORA, Martha Helia Altabe. Control judicial de convencionalidad de oficio. Derechos humanos y control de convencionalidad. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

LIMA, Beatriz Canhoto. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Influência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Âmbito do Direito Interno Brasileiro sob a Ótica da

Teoria do Duplo Controle. Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

LOIANNO, Adelina. El Principio de Legalidad en el Control de convencionalidad. Un Nuevo desafío para los Jueces Nacionales. Problemas de interpretación en el control constitucional y de convencionalidad. Dirigido por Osvaldo A. Gonzáini. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2017.

_____. El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema argentina “Arancibia Clavel”, “Simón”, “Mazzeo”. El control de convencionalidad. Coordinado por Susana Albanese. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 113.

LUCCHETTI, Alberto. Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad. El control de convencionalidad. Coordinado por Susana Albanese. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2008.

LUQUE, Carlos. Nociones primarias para el entendimiento de los derechos humanos, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Derechos humanos y control de convencionalidad. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad El Nuevo Paradigma Para El Juez Mexicano*. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1. Ed – Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MARINONI, Luis Guilherme. *Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARTINS, Flávia Bahia. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2011. PEIXOTO, Geovane de Mori. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. 1ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

_____. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 05.

_____. *Curso de Direito internacional Público*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEZES, André Felipe Barbosa de. *Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2009.

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIDÓN, Mario A. R. *Control de Convencionalidad*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2016.

_____. *Acerca de la prevalência de los Tratados de Derechos Humanos sobre la Constitución*. *Derechos humanos y control de convencionalidad*. Dirigido por Mario A. R. Midon. 1ª ed. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Tradução da edição portuguesa.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2016.

NEVES, Marcelo. *Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*. Revista de Informação Legislativa. Ano 51, Número 201 jan./mar. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Carta Da Organização Dos Estados Americanos. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm#ch1> Acesso em: 18 de ago. de 2016.

_____. Carta Democrática Interamericana. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm> Acesso em 18 de ago. de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 148 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/500>> Acesso em: 16 de outubro de 2016. Acesso em 16 de out. de 2016.

_____. Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/504>> Acesso em: 16 de outubro de 2016.

_____. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/504>> Acesso em: 16 de outubro de 2016.

_____. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/500>> Acesso em: 16 de outubro de 2016.

_____. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>> Acesso em: 20 de ago. de 2016.

OTEIZA, Eduardo. *Efectos de la doctrina sobre el control de convencionalidad de acuerdo con los precedentes de la corte suprema de justicia argentina*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito ao Trabalho*. Direitos Constitucionalizados / coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEIXER, Janaína Freiberger Benkendorf. A Posição Hierárquica dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. O Brasil e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Ingrid Giachini Althaus, Leandro Ferreira Bernardo (org.). São Paulo: Iglu, 2011.

PEIXOTO, Geovane de Mori. Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. 1ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2013.

PEREIRA, Vitor Moreno Soliano. *Interações judiciais transnacionais em matéria constitucional*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2014.

PINTO, Marcos José. *O Caso Gomes Lund e outros versus Estado Brasileiro ("A Guerrilha do Araguaia")*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-caso-gomes-lund-e-outros-versus-estado-brasileiro-a-guerrilha-do-araguaia,45992.html>> Acesso em: 20 de set. de 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Controle de Convencionalidade, Direitos Humanos e Diálogo entre jurisdições*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Temas de direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIZZOLO, Calogero. Control de convencionalidade y su recepción por la Corte Suprema de Justicia en Argentina. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

REGUEIRA, Enrique Alonso. El control de convencionalidad de la actividad administrativa. 1ª ed. Buenos Aires. Lajouane, 2017.

_____. Los Principios Convencionales de Legalidad Penal y Plazo Razonable en Materia Disciplinaria. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ljouane, 2017.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo. The Convencionality Control: Examples of (un)successful Experiences in Latin America. *Inter-American and European Human Rights Journal*, Volume 3 (2010), No. 1–2.

SAGÜES, Néstor Pedro. *El control de convencionalidad en Argentina*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade*. Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SHAW, Malcom N. *Direito Internacional*. São Paulo. Martins Fontes, 2010.

SILVA NETO. Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. CHAVES, Denisson Gonçalves. *O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro*. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016.

STRECK. Lenio Luiz. *O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais*. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DEL MEXICO. Contenido De La Versión Taquigráfica De La Sesión Pública Ordinaria Del Pleno De La Suprema Corte De Justicia De La Nación, Celebrada El Martes 12 De Julio De 2011. p. 11. Disponível em:

<https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/12072011PO13SN.pdf>. Acesso em 27 de set. de 2016.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE REPÚBLICA DOMINICANA. Resolución No. 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY. Disponível em:

<<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>> Acesso em 28/09/2016.

_____. Sentencia 365/2009 da Suprema Corte de Justicia. Disponível em:

<<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=33814>> Acesso em 28 de set. de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CR 8279 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 10-08-2000 PP-00006 EMENT VOL-01999-01 PP-00042). Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%288279%2E%2E+OU+8279%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zqxf736>> Acesso em: 30 de out. de 2016.

_____. Relator: Celso de Melo. HC 87.585/TO, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.

_____. RHC 79785 / RJ - RIO DE JANEIRO, RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 29/03/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785%2E%2E+OU+79785%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zaozsk>> Acesso em: 28 de out. de 2016.

_____. Súmula vinculante 25. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>> Acesso em: 16 de out. de 2016.

_____. Gilmar Mendes. Voto Vogal do Acórdão do Recurso Extraordinário 466.343-SP.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 de out. de 2016.

TAVARES. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEREZO. Cristina Figueiredo. *A atuação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010. (Expediente No. 2006- 13381-27-RAC), apartado III.3.sobre “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. EXP. N.º 01458-2007-PA/TC. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01458-2007-AA.html>> Acesso em 26 de set. de 2016.

_____. EXP. N.º 1679-2005-PA/TC. Disponível em: <<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01679-2005-AA.html>>. Acesso em 27 de set. de 2016.

_____. Sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26.

_____. Sentencia emitida el 21 de julio de 2006. (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo: RR - 1072-72.2011.5.02.0384 Data de Julgamento: 24/09/2014, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>> Acesso em: 16 de outubro de 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

UNICEF. Convenção dos Direitos da Criança. Disponível em <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm> Acesso em: 16 de out. de 2016.

_____. Disponível em <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm> Acesso em: 16 de outubro de 2016.

URUGUAY. Ley N° 15848 Ley de amnistia - funcionarios militares - funcionarios policiales
Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/15848-1986/1>>. Acesso em 28 de set.
de 2016.

_____. Ley N° 16099 - Ley de prensa - libertad en los medios de comunicacion. Disponível
em: <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16099-1989/1>>. Acesso em 27 de set. de 2016.

_____. Ley N° 18.515 Medios de comunicación modificación de varias disposiciones el
senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en
Asamblea General, Disponível em:

<<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp638360.htm>> Acesso em 28 de set.
de 2016.

VAZ, Paulo Junio Pereira. Controle de Convencionalidade das Leis: A inconvençionalidade
da Lei da Anistia Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

XIMENES, Sérgio. Minidicionário Ediouro da Língua Portuguesa. 2ª ed. São Paulo: Ediouro,
2000.

ZIMERMAN, Silvina. El camino emprendido por los jueces hacia el control de
convencionalidad. Los derechos económicos, sociales y culturales. El control de
convencionalidad. Coordinado por Susana Albanese. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2008.

ANEXO A

Entrevista do Professor Doutor Dirley da Cunha Jr. 31 de agosto de 2016.

Qual é o seu posicionamento acerca da Supraconstitucionalidade dos Tratados Internacionais?

A doutrina brasileira é muito pragmática, ou seja: é o que a jurisprudência decide e ponto. E nos vivemos numa crise de reflexões acadêmicas. A academia padece, infelizmente, já há um bom tempo dessa crise, desse sentimento de enfraquecimento de reflexões acadêmicas, porque se fazendo uma grande reflexão sobre isso, nós começaremos a perceber a que a idéia de que a Constituição ostenta essa supremacia, a impedir qualquer questionamento de suas normas, é uma ideia que precisa ser superada, porque uma Constituição pode padecer de equívocos graves.

Só o fato dela advir de um poder constituinte originário não imuniza integralmente as suas normas. Imagine você, normas absurdas em uma constituição. A Constituição é fruto do poder originário, como é que vai se fazer um controle disso? Os tratados internacionais de direitos humanos podem servir de parâmetro sim para este controle. Em alguns países isso já é algo assimilável, como é o caso da Alemanha, que tem aquela teoria do Otto Bachof, da inconstitucionalidade das normas constitucionais, os autores Portugueses já seguem essa linha, com Canotinho e o próprio Jorge Miranda que tem até uma posição mais clara e mais ampla que Canotinho.

Jorge Miranda já defende a possibilidade do direito internacional condicionar a legitimidade das próprias normas constitucionais. No meu livro, curso de direito constitucional, tem uma parte do tema “poder Constituinte” que eu trato dessa discussão. Cito o Jorge Miranda e alguns autores portugueses nesse sentido, de haver essa possibilidade do próprio poder constituinte originário se sujeitar a certos parâmetros de natureza internacional, e os tratados internacionais podem sim ser vistos como status de normas supraconstitucionais, não tenha dúvida disso.

Apenas para fazer um paralelo, a inserção do § 3º ao artigo 5º, por meio da Emenda 45, ela é fruto exatamente dessa compreensão. Porque, quando você admite um tratado ou convenção de direitos humanos com força jurídica equivalente a uma Emenda Constitucional, você está, de uma certa forma, reconhecendo a supraconstitucionalidade do tratado. Porque, se você equipara um tratado ou convenção de direitos humanos a uma Emenda Constitucional, e,

sabendo que a Emenda Constitucional é um instrumento de reforma da Constituição, o tratado pode reformar a Constituição. Então um tratado de direitos humanos, equivalente a uma Emenda Constitucional, ele pode revogar qualquer norma da Constituição. E, ao revogar qualquer norma da Constituição, sempre em benefício dos direitos humanos que fazem parte do objeto do tratado, a gente percebe a prevalência do tratado. Há um princípio inclusive no âmbito do direito internacional, que é o princípio da prevalência e da primazia da melhor solução.

Então, vamos imaginar que eu tenho um direito previsto na Constituição e um direito previsto em um tratado. Se o direito previsto no tratado é mais benéfico do que o direito previsto na Constituição e eles são Constraditórios, prevalece o que traz um melhor benefício. Essa prevalência é fundamental.

Então, de uma certa forma, tudo conspira para se reconhecer essa supraconstitucionalidade dos tratados e das convenções internacionais. Essa é a posição, se eu não tiver enganado, da própria Flávia Piovesan, que segue, não só o Celso Albuquerque de Melo, mas também o Cançado Trindade.

O pensamento jurídico se fecha a essa hipótese (supralegalidade dos tratados internacionais) porque a jurisprudência constitucional do Supremo vetou essa possibilidade e aí a doutrina acabou se acomodando.

Concordo com isso (que os tratados internacionais de direitos humanos possuem um status materialmente constitucional, por força do § 2º do artigo 5º da Constituição, enquanto que os tratados recepcionados pelo § 3º obtêm caráter material e formalmente constitucional), inclusive está no meu livro. Eu chego a fazer um comentário sobre isso, mas não afirmo nem assumo nenhum compromisso, nenhuma posição doutrinária nesse sentido de que os tratados estão acima da constituição. Mas quando que trato do Poder Constituinte, eu faço uma referência à submissão do próprio poder originário à princípios de direito internacional como princípios parâmetros.

Qual é a aplicação do mecanismo do Controle de Convencionalidade atualmente pelo Poder Judiciário brasileiro?

Aqui nem se comenta isso, nos âmbitos dos tribunais nem se fala nisso, alguns Ministros do Supremo é que fazem referências bastante periféricas. O Ministro Celso de Melo faz referência e inclusive a posição que ele sustentou que foi derrotada, foi a posição de se equiparar todos os tratados e convenções de direitos fundamentais à norma constitucional, nem abaixo e

nem acima, igual, em situação de equivalência. Só que prevaleceu o voto de Gilmar Mendes, naquele julgamento de 2009 em que só se equipara se for observada a sistemática do §3º do artigo 5º. Se não, está abaixo da Constituição, embora acima da lei, supralegalidade, criou-se essa figura da supralegalidade dos tratados.

Mas o Celso de Melo, ele tem essa posição, que eu acho que é a melhor posição de equilíbrio em relação ao direito brasileiro e ele faz certas incursões do direito internacional, falando de controle de convencionalidade, falando da possibilidade de o tratado servir de parâmetro para um controle de constitucionalidade da lei... Ele não chega a falar dos tratados de direitos humanos como parâmetro de exercer o controle de normas originárias da constituição, ou seja, a ideia da supraconstitucionalidade dos tratados. Ele não chega a esse ponto.

Hoje, no Brasil, nós já temos a convenção de Nova York dos direitos da pessoa com deficiência, que foi aprovada pelo Congresso nos termos de Emenda e foi promulgada por decreto presidencial em 2009. Então, hoje é possível que uma Lei seja submetida a um controle da convencionalidade, utilizando-se como parâmetro a convenção de Nova York, ou seja, já é algo palpável. O que não se adota é essa convenção como controle dos próprios dispositivos da Constituição de 88 e o Supremo nunca aceitou a inconstitucionalidade das normas originárias. Aceita a inconstitucionalidade das normas derivadas, que são as emendas. Das normas originárias, não aceita a inconstitucionalidade. Se aceitasse, seria reconhecer a possibilidade de uma supraconstitucionalidade dos tratados.

Qual o seu entendimento acerca do posicionamento da doutrina que estabelece que os tratados que possuem status materialmente constitucional somente podem ser parâmetro de controle difuso, enquanto os tratados que obtêm status constitucional material e formal podem ser também parâmetro de controle concentrado?

O controle difuso também precisa de um fundamento formal. Então não adianta fazer essa distinção porque não há justificativa. Ou você aceita para o sistema de controle envolvendo difuso e concentrado ou você não aceita para nenhum deles.

Qual é o seu posicionamento acerca da atribuição da competência à Corte Interamericana de Direitos Humanos para aplicar o mecanismo do controle de convencionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro em caso de imissão ou insuficiência da decisão da Suprema Corte interna?

Eu acho muito mais fácil jurídico e academicamente se sustentar o controle da convencionalidade de dispositivos originários da constituição do que se admitir um poder de revisão judicial da Corte Interamericana das decisões do Poder Judiciário brasileiro. Eu acho que esta segunda situação, ela não pode ser permitida, a não ser que se construa um sistema recursal, colocando o Supremo como instância revisada, *a quo*, e a Corte Interamericana como instância revisora, *ad quem*, o que depende, sem sobra de dúvida de uma Emenda Constitucional para aceitar isso.

Nenhuma corte internacional, nenhuma, tem o poder de rever e de corrigir, revisão e correção das decisões das Supremas Cortes ou dos Tribunais Constitucionais dos países. Nem a Corte Européia, nem a Corte Americana, nem a Corte Africana, nenhuma. Nem o tribunal de Justiça Internacional. O que pode acontecer é tão somente uma decisão de efeitos pedagógicos negativos ou até condenatório do Estado, mas de correção da decisão judicial, não.

Como aconteceu no Caso da lei Maria da Penha, que o estado brasileiro foi condenado por ter sido omissivo, a permitir portanto violência contra a mulher e ele foi condenado a pagar uma indenização à Maria da Penha. Mas falar em condenar o Estado brasileiro a rever a decisão e submeter a decisão do Supremo a um poder de correção, isso é praticamente inadmissível, a não ser que a própria Constituição crie essa possibilidade. Então, eu acho muito mais fácil se defender a possibilidade de um controle das normas originárias do Constituição, tendo como parâmetro convenções ou tratados.

Qual o seu posicionamento acerca do Conceito do Controle de Convencionalidade?

O Controle de Convencionalidade pode ocorrer em dois graus. O Controle de Convencionalidade de leis ou atos produzidos no direito brasileiro, o que é tranquilamente admitido, partindo, claro, da ideia de que o tratado ou convenção tenha força de emenda, como é o caso da Convenção de Nova Iorque dos direitos da pessoa com deficiência. Isso é tranquilamente admitido, porque se tem força de Emenda, tem status normativo constitucional e pode parametrizar a fiscalização de leis ou atos estatais do direito interno.

O segundo grau, que para mim é mais intenso, é quando as próprias normas da originárias da Constituição passam a se sujeitar, passam a se expor a um controle ou a uma fiscalização que tenha como parâmetro uma convenção internacional.

Não deixa de existir uma hierarquia, porque se estamos falando de controle de constitucionalidade ou de convencionalidade, pressupõe a ideia de supremacia. A supremacia seria da Constituição ou da Convenção? Mas eu faço o corte. Eu só acho que essa possibilidade

do controle da convencionalidade das normas originárias, só seria possível se for nessa matéria de direitos humanos.

Para mim seria muito mais fácil se reconhecer a inconstitucionalidade daquele dispositivo da Constituição brasileira que admite a prisão civil por dívida de depositário infiel, que é norma originária, como inconveniente, por violar o artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Primeiro houve aquele caso do recurso julgado para dar o status de supralegal à esse tratado e aí depois veio a súmula vinculante. Ou seja, criaram um problema, enquanto podiam dizer logo: olha, eu tenho aqui uma relação entre uma convenção internacional que o Brasil é signatário e a própria Constituição Brasileira. Essa relação revela uma desconformidade, uma relação de desconformidade entre o que está previsto na Constituição Brasileira que admite a prisão civil do depositário infiel e do que está previsto na Convenção Americana que proíbe, no artigo 7º a prisão civil do depositário infiel que só admite a prisão civil do inadimplente de pensão alimentícia. Então essa relação jurídica de desconformidade, gera uma inconveniente a ser decidida pelos tribunais brasileiros. Então, poderia muito bem o Supremo dizer: a norma originária da Constituição brasileira é inconveniente, porque viola a Convenção Americana que o Brasil é signatário. E, obviamente a supremacia, nesse caso, cujo objeto é de direito fundamental é a supremacia do tratado e não a supremacia da Constituição do Estado.

No princípio *pro homine* o que é mais benéfico? A norma da Convenção Americana que só admite a prisão civil do inadimplemento à pensão alimentícia ou a da brasileira que admite também a prisão civil do depositário infiel. Qual é o mais benéfico? As respostas são acadêmicas. [...] A academia existe como um espaço para pessoas pensarem, é um espaço pensante. E, como é um espaço pensante, você não pode fazer um tipo de leitura comodista.

Para o senhor poderia, sem nenhum problema, haver o Controle da Constituição Federal?

Sim, tendo como parâmetro os direitos humanos fundamentais. Pense em situações extremas. São nessas situações extremas que a gente colhe os melhores resultados, os melhores frutos. A gente está trabalhando com a nossa Constituição. A Constituição de 88 é uma Constituição maravilhosa em termos de direitos humanos. Mas imagine se a Constituição de 88 deixa de existir e nós temos uma nova Constituição, mais dura. Dentro desse caráter duro, temos algumas disposições autoritárias, como a negação do próprio direito à honra da pessoa, a

negação do próprio direito à inviolabilidade da sua casa. Então, imagine uma constituição que permite o Estado de, a qualquer momento, por decisão unilateral estatal, ingressar na sua casa, ainda que sem o seu consentimento e sem a autorização judicial. Imagine uma constituição de que permite que agentes do fisco possam, simplesmente, impor restrições ao seu patrimônio, independentemente de autorização judicial. Como é que fica essa constituição diante dos princípios de direito internacional alusivos à proteção da dignidade de pessoa humana? Você não vai aceitar a supraconstitucionalidade dos tratados até a parametrizar um controle de convencionalidade desses dispositivos constitucionais?

Então, são coisas que a gente precisa pensar. É nessa linha que a doutrina Portuguesa diz que o Poder Constituinte originário não é ilimitado (como muita vezes a gente o classifica). É porque o poder originário é a origem de toda a Constituição que pode fazer qualquer coisa? Não pode fazer qualquer coisa. Imagine uma Constituição amanhã sendo outorgada, emanada de um poder originário exercido de forma bastante autoritária, esvaziar tanto o discurso da Dignidade que a pessoa humana passa a viver naquele estado perverso de antigamente, aquele Estado Hobbesiano, sujeito a todas as limitações estatais possíveis, sem ser sujeito de direitos, só de obrigações.

Existe a possibilidade da realização do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos?

Não concordo com a revisão e a correção pela Corte Interamericana. Quem tem que fazer isso são os nossos tribunais.

A Corte Interamericana de Direitos poderia realizar o controle de convencionalidade do ordenamento jurídico brasileiro tendo como parâmetro a Convenção Americana de Direitos Humanos?

Bom, e ela teria essa competência de exercer a fiscalização do ordenamento jurídico dos outros países? Eu acho que a competência primária é dos nossos tribunais.

A jurisprudência da corte interamericana poderia vincular aqui no Brasil para uma questão de controle de convencionalidade?

Eu acredito que tem caráter vinculante, não tem poder correicional de mudar uma decisão do Judiciário, mas uma decisão que tenha reflexo no Brasil, tem que ser observada, tem caráter vinculante. Artigo 7^a do ADCT. O Brasil propugnará pela criação de um tribunal de

direitos humanos, ao qual se vinculará. Então o Brasil passou a aceitar a jurisdição e o caráter contencioso das decisões do Tribunal Internacional, no caso a Corte Interamericana.

Tem algum caso que o senhor verificaria esse caráter vinculante?

Na própria decisão da Maria da Penha, o Brasil teve que indenizar. Teve aquele caso de um Doente que infelizmente foi abuso policial, foi preso e morreu dentro da prisão.

O senhor verifica algum caso da aplicação do Controle de Convencionalidade especificamente no Brasil?

De atos do Brasil não, nunca vi. Isso poderia ser feito pelos nossos Tribunais que aí a jurisdição é nossa. Não é uma jurisdição internacional controlando os nossos atos. É uma jurisdição nossa. Nós mesmos, tribunais brasileiros, exercendo um controle de convencionalidade dos atos, das leis e, dentro daquele grau de maior intensidade até das normas originárias.

Tem o controle mais intenso e o menos intenso. O menos intenso vem ganhando adeptos por conta do § 3º. O mais intenso, que seria envolver a própria constituição como objeto do controle é que não se aceita. O próprio Supremo já tem jurisprudência de que não é possível a inconstitucionalidade das normas originárias.

TERMO DE AUTORIZAÇÃO DE USO DE DEPOIMENTOS

Eu DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, CPF _____,
RG _____, depois de conhecer e entender os
objetivos, procedimentos metodológicos, riscos e benefícios da
pesquisa, bem como de estar ciente da necessidade do uso de meu
depoimento, AUTORIZO, através do presente termo, o pesquisador
Matheus Lins Rocha do projeto de pesquisa intitulado "O Controle
de Convencionalidade Como Efetivador dos Direitos Fundamentais:
a Função da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a
Possibilidade do Controle da Constituição Federal" a colher meu
depoimento sem quaisquer ônus financeiros a nenhuma das partes.

Salvador, 31 de Agosto de 2016

Matheus Lins Rocha

Pesquisador responsável pelo projeto

[Assinatura]

Sujeito da Pesquisa

ANEXO B
TABELA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS
"PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA"
(Assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, na
Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos)

ENTRADA EM VIGOR: 18 de julho de 1978, conforme o artigo 74.2 da Convenção.

DEPOSITÁRIO: Secretaria-Geral da OEA (instrumento original e ratificações).

TEXTO: Série sobre Tratados, OEA, nº 36.

REGISTRO NA ONU: 27 de agosto de 1979, nº 17955.

PAÍSES SIGNATÁRIOS	ASSINATURA	RATIFICAÇÃO/ ADESÃO	DEPÓSITO	ACEITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA CORTE	ACEITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA COMISSÃO, ARTIGO 45
Antígua e Barbuda	//	//	//	//	-
Argentina ¹	02/02/84	08/14/84	09/05/84 RA	09/05/84	09/08/84
Bahamas	//	//	//	//	//
Barbados ²	06/20/78	11/05/81	11/27/82 RA	0/04/00	//
Belize	//	//	//	//	//
Bolívia ³	//	06/20/79	07/19/79 AD	07/27/93	//
Brasil ⁴	//	07/09/92	09/25/92 AD	12/10/98	//
Canadá	//	//	//	//	//
Chile ⁵	11/22/69	08/10/90	08/21/90 RA	08/21/90	08/21/90
Colômbia ⁶	11/22/69	05/28/73	07/31/73 RA	06/21/85	06/21/85
Costa Rica ⁷	11/22/69	03/02/70	04/08/70 RA	07/02/80	07/02/80
Dominica ⁸	//	06/03/93	06/11/93 RA	//	//
El Salvador ⁹	11/22/69	06/20/78	06/23/78 RA	06/06/95	//
Equador ¹⁰	11/22/69	12/08/77	12/28/77 RA	07/24/84	08/13/84
Estados Unidos	06/01/77	//	//	//	//
Grenada ¹¹	07/14/78	07/14/78	07/18/78 RA	//	//
Guatemala ¹²	11/22/69	04/27/78	05/25/78 RA	03/09/87	//
Guiana	//	//	//	//	//
Haiti ¹³	//	09/14/77	09/27/77 AD	03/20/98	//
Honduras ¹⁴	11/22/69	09/05/77	09/08/77 RA	09/09/81	//
Jamaica ¹⁵	09/16/77	07/19/78	08/07/78 RA	//	08/07/78
México ¹⁶	-	03/02/81	03/24/81 AD	12/16/98	//
Nicarágua ¹⁷	11/22/69	09/25/79	09/25/79 RA	02/12/91	02/06/06
Panamá ¹⁸	11/22/69	05/08/78	06/22/78 RA	05/09/90	//
Paraguai ¹⁹	11/22/69	08/18/89	08/24/89 RA	03/26/93	//
Peru ²⁰	07/27/77	07/12/78	07/28/78 RA	01/21/81	01/21/81
República Dominicana ²¹	09/07/77	01/21/78	04/19/78 RA	03/25/99	//
Saint Kitts e Nevis ²²	//	//	//	//	//
Santa Lúcia	//	//	//	//	//
São Vicente e Granadinas	//	//	//	//	//
Suriname	//	11/12/87	11/12/87 AD	11/12/87	//
Trinidad e Tobago ²³	//	04/03/91	05/28/91 AD	05/28/91	//
Uruguai ²⁴	11/22/69	03/26/85	04/19/85 RA	04/19/85	04/19/85
Venezuela ²⁵	11/22/69	06/23/77	08/09/77 RA	04/24/81	08/09/77

Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>